

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
المُسْقَى

عَابَةِ النَّبِيَّاتِ وَالرَّسُولِ فِي الْجَنَّةِ

علم الإحياء التراث

والخدمات الرقمية



جمهورية مصر العربية - القاهرة

التجمع الخامس - الحي الثالث - فيلا 152

الهاتف: 00201127999511

International library of manuscripts (ILM)

1155726



لتخزين التراث والبيانات الرقمية

مركز البحوث - بيروت - لبنان

الخطبة التي ألقاها السيد الرئيس عبد الله

بيروت - لبنان



دار الضياء للنشر والتوزيع

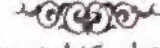
جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

٢٠٢٣ - ١٤٤٤

دار الضياء

للنشر والتوزيع



الكويت - حولي - شارع الجسرين البصري

ص.ب. ١٣٤٦ مولي

الرمز البريدي ٣٢٠١٤

تلفاكس: ٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠

تقال: ٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123

رقم الإيداع الدولي: 3-5-85365-978-977

info@ilmarabia.com

Dar_aldehyaa2@yahoo.com

Abdou20201@hotmail.com

www.daraldehyaa.net

الموزعون المعتمدون

دولة الكويت

دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي

تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ تقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

جمهورية مصر العربية

دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة

محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩٤٨

محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢

المملكة العربية السعودية

مكتبة الرشد - الرياض

دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض

دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة

مكتبة النبي - الدمام

هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠

هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ فاكس: ٤٩٣٧١٣٠

هاتف: ٦٣١١٧١٠

هاتف: ٨٣٤٤٩٤٦ فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

برمنكهام - بريطانيا

مكتبة سفينة النجاة

هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

المملكة المغربية

دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء

هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٧٧٤٨١٧

الجمهورية التركية

مكتبة الإرشاد - إسطنبول

هاتف: ٢١٢٦٣٨١٧٠٠ فاكس: ٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٢٤

جمهورية داغستان

مكتبة شفاء الإسلام

مكتبة الشام - خاسافيورت

هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦

هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤

الجمهورية العربية السورية

دار الفجر - دمشق - حلبوني

هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ فاكس: ٢٤٥٣١٩٣

الجمهورية السودانية

مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار

هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

المملكة الأردنية الهاشمية

دار محمد دندريس للنشر والتوزيع - عمان

هاتف: ٠٠٦٤٦٥٣٣٩٠ - ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢

دولة ليبيا

مكتبة الوحدة - طرابلس

شارع عمرو ابن العاص

هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨

لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو نسخه أو حفظه في أي نظام إلكتروني أو ميكانيكي يمكن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه، وكذلك لا يسمح بالاعتباس منه أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي من الناشر.

شرح الهداية

المسمى

غاية البيان نادرة النعمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨ هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد الثالث عشر

كتاب العارية - باب موت المكاتب وعجزه

دار الضيافة

للنشر والتوزيع

الكويت

علم لإحياء التراث

والخدمات الرقمية

لندن - مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

مناسبةُ هذا الكتابِ بما تقدّم مرّت في أوّل الإقرارِ، ثم ذكر بعده العاريةَ والهبةَ والإجارةَ للتناسبِ بالترقيّ من الأدنى إلى الأعلى؛ لأنّ الوديعةَ أمانةٌ بلا تملكٍ شيءٍ.

وفي العاريةَ: العينُ أمانةٌ مع تملكِ المنفعةِ، لكن بلا عوضٍ.
وفي الهبةِ: تملكُ عينٍ بلا عوضٍ، وهي الهبةُ المحضّةُ التي ليس فيها معنى البيعِ.

وفي الإجارةَ: تملكُ منفعةً بعوضٍ، وفيه معنى اللزومِ، وما كان لازماً أقوى وأعلى مما كان ليس بلازمٍ، فكان في الكلّ الترقّي من الأدنى إلى الأعلى.

فأوّل القطرِ غيثٌ ثم ينسكبُ^(١)

ثم اعلم: أن عقدَ الوديعةِ مشروعٌ مندوبٌ إليه، والدليلُ على ذلك: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]. وهو تعاونٌ على البرِّ؛ لأن فيه إعانةً لصاحبها بحفظِ ماله، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ اتَّيَمَّنَ أَمَانَةً فَلْيُؤَدِّهَا»^(٢).. ولا خلاف بين الأمة في ذلك.

(١) هذه مقولة سائرة، وقد ضمنتها جماعة من الشعراء أشعارهم. ينظر: «محاضرات الأدباء» للراغب الأصفهاني [١٩٦/٢].

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [٧٢/٥]، عن أبي حرة الرقاشي، عن عمّه رضي الله عنه، به في سياق طويل. وفيه: «وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَ عَلَيْهَا».

قال الهيثمي: «رواه أحمد، وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين. وفيه علي بن زيد، وفيه كلام». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيتمي [٥٨٥/٣].

قَالَ: الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا

غاية البيان

وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ﴾ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿ [النساء: ٥٨].

قال ابن مسعود رضي الله عنه: «الأمانة في كل شيء، في الوضوء، والصلاة، والصوم، والزكاة، وغسل الجنابة، وفي الكيل والوزن، وأعظم من ذلك الودائع»^(١). كذا في «التيسير»^(٢). والله أعلم.

قوله: (قَالَ: الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمته الله في «مختصره»^(٣).

وهذا من قبيل حمل العام على الخاص، وهو جائز كما في قولك: الإنسان حيوان، ولا يجوز عكسه؛ لأن الوديعه [٤٤٤/٢] عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، كما إذا هبَّتْ الرياح وألقت ثوب إنسان في حجر غيره؛ يكون ذلك أمانة عنده، ولكن بلا قصد. فعلى هذا: معنى قوله: (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ)، أي: هي غير مضمونة إذا هلكَتْ من غير تعدٍّ.

وإنما لم يلزمه الضمان: لما حدث الشيخ [٢٣٨/٦ م] أبو الحسن الكرخي رحمته الله في «مختصره»^(٤) قال: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا كَامِلُ بْنُ طَلْحَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا

(١) أخرجه: ابن أبي الدنيا في «الأحوال» [ص/٥٨١]، وقوام السنّة في «الترغيب والترهيب» [١٨٤/٢]، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» [٢٠١/٤]، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه به.

(٢) وقع بالأصل: «التفسير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

(٤) قد راجعنا نسختين من «مختصر الكرخي»، فلم نجد فيهما هذه الأخبار مُسَنَدَةً! وإنما رأينا بعضها =

غاية البيان

ابْنُ لَهَيْعَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ اسْتَوْدَعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ» (١).

وذكر الكرخي أيضاً: بإسناده إلى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ قال: «الْعَارِيَةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَدِيعَةِ، لَا يَضْمَنُ صَاحِبُهَا إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى» (٢).

وَرَوَى الْكَرْخِيُّ أَيْضاً: بِإِسْنَادِهِ إِلَى مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ: «لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَةُ، إِنَّمَا هُوَ الْمَعْرُوفُ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ» (٣).

وَرَوَى الْكَرْخِيُّ أَيْضاً ﷺ وَقَالَ: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْعَلَاءِ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنْ شَيْبَانَ عَنْ جَابِرٍ عَنْ عَاصِمٍ عَنِ الْحَسَنِ ﷺ قَالَ: «أَدْرَكْتُ ثَمَانِينَ مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ ﷺ مَا رَأَيْتُهُمْ يَضْمَنُونَ الْوَدَاعَ».

= مُعَلَّقًا وَحَسَبَ!

أ - أَمَّا النسخة الأولى: فهي الممزوجة بشرح أبي الفضل ركن الدين الكزمايي [٢٥٩/ب/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب - والنسخة الثانية: هي الممزوجة بشرح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِيِّ [٣/١٦٤/ب/ مخطوط مكتبة رضا - رامبور/ الهند/ نقلاً عن مصورات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)]. وقد مضى التنبيه: على أنه لا يكاد يوجد: «مختصر الكرخي» إلا ممزوجة بالشروح عليه! فلم يبق إلا ما كنا أبديناه سابقاً من أن القُدُورِيَّ والكزمايَّ كان يتصرفان في عبارة الكرخي، فيأتيان بالمعنى دون اللفظ، مع اختصارهما أسانيد الرجل في «مختصره»!

(١) أخرجه: ابن ماجه في كتاب الصدقات/ باب الوديعه [رقم/ ٢٤٠١]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٢٨٩/٦]، من طريق المُثَنَّى، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ به. قال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى - وهو ابن الصباح - والراوي عنه». ينظر: «مصباح الزجاجه في زوائد ابن ماجه» للبوصيري [٦٢/٣].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٤٧٨٥]، عن عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ به.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبه [رقم/ ٢٠٥٥٣]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٤٧٨٨]، من طريق مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ به.

لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغْلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرِ الْمُغْلِّ ضَمَانٌ»؛ وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى الْإِسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَرَوَى أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى شُرَيْحٍ ﷺ قَالَ: «كَانَ يَقُولُ: مَنْ اسْتَوْدَعَ وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا؛ فَقَدْ ضَمِنَ»^(١).

وَلِأَنَّ النَّاسَ تَقَعُ بِهِمُ الْحَاجَةُ كَثِيرًا إِلَى أَنْ يَسْتَعِينُوا بِغَيْرِهِمْ فِي حِفْظِ أَمْوَالِهِمْ، فَلَوْ لَزِمَ الضَّمَانُ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ؛ لَامْتَنَعُوا عَنِ الْقَبُولِ وَتَعَطَّلَتِ الْمَصَالِحُ، وَفِيهِ مِنَ الْحَرَجِ مَا لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ، وَالْحَرَجُ مَدْفُوعٌ شَرْعًا.

قَوْلُهُ: (لِقَوْلِهِ ﷺ): «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغْلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرِ الْمُغْلِّ ضَمَانٌ»^(٢).

فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ أَبَا عُبَيْدٍ جَعَلَهُ مِنْ كَلَامِ شُرَيْحٍ فِي «غَرِيبِ الْحَدِيثِ»^(٣)، حَيْثُ قَالَ: «فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ فِي صَلَاحِ الْحُدُودِ، حِينَ صَالَحَ أَهْلَ مَكَّةَ، وَكَتَبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ كِتَابًا، فَكَتَبَ فِيهِ: «أَنْ لَا إِغْلَالَ، وَلَا إِسْلَالَ، وَأَنْ بَيْنَهُمْ عَيْبَةٌ مَكْفُوفَةٌ»^(٤).

قَالَ أَبُو عَمْرٍو^(٥): «الْإِسْلَالُ: السَّرْقَةُ. يُقَالُ: فِي بَنِي فَلَانٍ سَلَّةٌ؛ إِذَا كَانُوا

(١) أَخْرَجَهُ: عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي «مُصَنَّفِهِ» [رَقْم/١٤٨٠٠]، عَنْ شُرَيْحٍ ﷺ بِهِ.

(٢) أَخْرَجَهُ: الدَّارِقُطْنِيُّ فِي «سُنَنِهِ» [٤١/٣]، وَمِنْ طَرِيقِهِ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» [٩١/٦]، مِنْ طَرِيقِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ، عَنْ عُبَيْدَةَ بْنِ حَسَّانَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ بِهِ. قَالَ الدَّارِقُطْنِيُّ: «عَمْرِو وَعُبَيْدَةُ ضَعِيفَانِ، وَإِنَّمَا يُرَوَّى عَنْ شُرَيْحٍ الْقَاضِي غَيْرِ مَرْفُوعٍ». يَنْظُرُ: «نَصَبُ الرَّايَةِ» لِلزُّبَيْلِيِّ [١٥٦/٤]، وَ«الْبَدْرِ الْمُنِيرُ» لِابْنِ الْمُلَقِّنِ [٣٠١/٧].

(٣) يَنْظُرُ: «غَرِيبِ الْحَدِيثِ» لِأَبِي عُبَيْدٍ [١٩٨/١].

(٤) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ/بَابِ فِي صَلَاحِ الْعَدُوِّ [رَقْم/٢٧٦٦]، وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ» [٣٢٣/٤]، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» [٢٢١/٩]، مِنْ طَرِيقِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَالْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، فِي سِيَاقِ قِصَّةِ الْحُدُودِ الْمَشْهُورَةِ.

(٥) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «أَبُو عَمْرٍ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س». وَهُوَ أَبُو عَمْرِو إِسْحَاقُ بْنُ مَرَارٍ الشَّيْبَانِيُّ اللَّغَوِيُّ الْأَدِيبُ. وَقَدْ تَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهُ.

عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ ، فَيَسْعَطُلُ مَصَالِحَهُمْ .

غاية البيان

يَسْرِقُونَ ، وَالْإِغْلَالُ : الْخِيَانَةُ .

ثم قال (١) : «وكان أبو عبيدة يقول : يقال : رجل مُغِلُّ مُسِلٌّ . أي : صاحب سَلَّةٍ وخِيَانَةٍ ، ومنه قولُ شُرَيْح : «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ» (٢) . يَعْنِي : الْخَائِنُ . قال التَّمِيمُ بْنُ تَوَلِّبٍ - يُعَاتَبُ أَمْرَاتُهُ جَمْرَةً فِي شَيْءٍ كَرِهَهُ مِنْهَا - (٣) :

جَزَى اللَّهُ عَنَّا جَمْرَةَ ابْنَةِ نَوْفَلٍ ❖ جَزَاءَ مُغِلٍّ بِالْأَمَانَةِ كَاذِبٍ كَذَا ذَكَرَ فِي «غَرِيبِ الْحَدِيثِ» (٤) .

وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله في «خزانة الفقه» : «لا ضَمَانُ عَلَى الْمُودَعِ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ : التَّقْصِيرُ فِي الْحَفْظِ ، وَخَلْطُهَا بِمَالِهِ ، وَمَنْعُهَا مِنْ مَالِهَا بَعْدَ الطَّلَبِ» .

ثم قال فيها : «أربعة نَقَرٍ يَجُوزُ لِلْمُودَعِ دَفْعُ الْوَدِيعَةِ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يَضْمَنُ عِنْدَ تَلْفِهَا : الزَّوْجَةُ ، وَالْوَلَدُ ، وَالْمَمْلُوكُ [٢٣٧/٦ م] ، وَالْأَجِيرُ» .

ثم قال فيها : «شَيئَانِ لَا يُوجِبَانِ الضَّمَانَ مَعَ الْخِلَافِ : إِذَا قَالَ : لَا تَدْفَعُ إِلَيَّ زَوْجَتِكَ ، فَدَفَعَ إِلَيْهَا وَتَلَفَ ، أَوْ قَالَ : احْفَظْهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ ، فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنْ تِلْكَ الدَّارِ» .

(١) أي : أبو عبيد رحمه الله .

(٢) أخرجه : عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٢] ، والدارقطني في «سننه» [٤١/٣] ، عن شُرَيْح .

(٣) ينظر : «في ديوانه» [ص/٤١] .

ومُرَادُ الْمُؤَلَّفِ مِنَ الشَّاهِدِ : الِاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى أَنَّ الْمُغِلَّ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ بِمَعْنَى الْخَائِنِ .

(٤) ينظر : «غريب الحديث» لأبي عبيد [١٩٨/١] .

قَالَ: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» [٢/٤٤٤ظ]، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ؛ ضَمِنَ، إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ، فَيُسَلِّمُهَا إِلَى جَارِهِ، أَوْ يَكُونُ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ، فَيُلْقِيهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْمَخْتَصَرِ».

وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِهِ، وَبِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَحْفَظَهَا كَمَا يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَالْإِنْسَانُ يَحْفَظُ مَالَهُ عَادَةً بِيَدِهِ وَبِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ، فَكَانَ يَدُ مَنْ فِي عِيَالِهِ كِيَدِهِ، فَكَانَ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِحِفْظِ مَنْ فِي عِيَالِهِ.

وَلِأَنَّ الْمُودَعَ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْحِفْظِ بِنَفْسِهِ دَائِمًا عَادَةً؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَخْرُجُ مِنْ بَيْتِهِ فَيَبْقَى جَمِيعُ مَا فِي الْبَيْتِ فِي يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، فَكَانَ كَاسْتِحْفَاطِ الْمُودَعِ: اسْتِحْفَاطُ مَنْ فِي عِيَالِهِ، فَكَانَ الْمُودَعُ مَأْذُونًا فِي الْحِفْظِ بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ دَلَالَةً، فَلَا يَضْمَنُ إِذَا هَلَكَتِ الْوَدِيعَةُ عِنْدَ مَنْ فِي عِيَالِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: يَضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَسْتَحْفِظَهُمُ اسْتِعَانَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَغِيبَ عَنْ عَيْنِهِ^(٢).

وَاسْتَدَلَّ: بِأَنَّهُ أَوْدَعَ الْوَدِيعَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَتِهِ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ، كَمَا إِذَا أَوْدَعَهَا مِنْ أَجْنَبِيٍّ.

وَالْجَوَابُ: أَنْ تَسْلِيَمَهَا إِلَى عَبْدِهِ وَزَوْجَتِهِ لَيْسَ بِإِدَاعٍ، وَإِنَّمَا هُوَ اسْتِخْدَامٌ وَاسْتِحْفَاطٌ، يُبَيِّنُ ذَلِكَ: أَنَّ الْمُودَعَ تَنَفَّرَ يَدُهُ عَنْ يَدِ الْمُودِعِ، وَهَهُنَا يَدُهُ غَيْرُ مُمِيزَةٍ عَنْ يَدِهِ، وَحِرْزُهُمْ حِرْزٌ وَاحِدٌ، فَصَارَ كَمَا لَوْ وَضَعَهَا فِي بَيْتٍ، ثُمَّ اسْتَحْفَظَ أَهْلَ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣١].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبخاري [٤/٢٨٠]. و«روضة الطالبين» للنووي [٦/٣٢٧].

حِفْظَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ مُلَازِمَةُ بَيْتِهِ ، وَلَا اسْتِصْحَابُ الْوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ ، فَكَانَ الْمَالُكَ رَاضِيًا بِهِ .

﴿ غاية البيان ﴾

البيت ، فظهر الفرق بين الأجنبيِّ ومَن في عياله .

قال في «شرح الطحاوي» : «الذين هم في عياله : الذين يَسْكُنُونَ [٢٣٩/٦ م] معه ، وَتَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ مِنْ أَجِيرِهِ وَغَلَامِهِ وَامْرَأَتِهِ وَوَلَدِهِ وَغَيْرِهِمْ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَنْهَهُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى مَنْ هُوَ فِي عِيَالِهِ ، فَأَمَّا إِذَا نَهَا عَنْ ذَلِكَ ، ثُمَّ دَفَعَ وَضَاعَتِ الْوَدِيعَةَ ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ : إِنْ كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْ دَفْعِهَا إِلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْ دَفْعِهَا إِلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»^(١) . كذا في «شرح الطحاوي»^(٢) .

وقال في «الفتاوى الصغرى» : «وتفسيرٌ مَنْ فِي عِيَالِهِ فِي هَذَا الْحُكْمِ : أَنْ يُسَاكِنَ معه ، سواءً كَانَ فِي نَفَقَتِهِ أَوْ لَا» ، وَنَقَلَهُ عَنْ وَدِيعَةِ «النوازل» و«الواقعات»^(٣) .

والمرادُ بِالْأَجِيرِ : أَجِيرُ الْمُشَاهَرَةِ^(٤) ، أَوْ الْمُسَانَهَةِ^(٥) دُونَ الْمُيَاوَمَةِ^(٦) . كذا في «خلاصة الفتاوى» .

وذكر في «الواقعات الحُسَامِيَّة» - فِي بَابِ الْوَدِيعَةِ بِعَلَامَةِ النُّونِ^(٧) - : «امرأةٌ

(١) ينظر : «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيُّ [ق/٣١٨] .

(٢) ينظر : «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٨٤] .

(٣) الْمُشَاهَرَةُ : مِنَ الشَّهْرِ ، كَالْمُعَاوَمَةِ مِنَ الْعَامِ . ينظر : «مختار الصحاح» [ص/١٧٠ / شهر] .

(٤) الْمُسَانَهَةُ : الْأَجَلُ إِلَى سِتَّةِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٥) الْمُيَاوَمَةُ : يَعْنِي : يَوْمًا يَوْمًا . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٦) يَعْنِي بِ: «عَلَامَةِ النُّونِ» : مَا رَمَزَ بِهِ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي كِتَابِهِ «الواقعات / الفتاوى الكبرى» إِلَى كِتَابِ :

«النوازل» ، لِأَبِي اللَّيْثِ السَّمُرْقَنْدِيِّ . هَكَذَا لَصَّ عَلَيْهِ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي دِيبَاجَةِ كِتَابِهِ . ينظر :

«الفتاوى الكبرى» = الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/

(رقم الحفظ : ١٠٨٦) ، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨] .

غاية البيان

أودعت وديعةً ، فدعت^(١) إلى زوجها ؛ لا يضمن وإن لم يكن الزوج في عياله ؛ لأن العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة ، ألا ترى أن الابن إذا كان معهما ساكناً ، وليس في عياله ، فخرجا من المنزل ، وتركوا المنزل على الابن ؛ لا يضمنان . رجلٌ آجر من داره بيتاً إنساناً ، ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر ؛ فهذا على وجهين : إما إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة ، أو لم يكن ، وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة .

ففي الوجه الأول : يضمن ؛ لأنه ليس في عياله ، ولا بمنزلة من في عياله .

وفي الوجه الثاني : لا ؛ لأنه بمنزلة من في عياله .

وقال فيها^(٢) في هذا الباب أيضاً : «ولو دفعها إلى رجلٍ يجري عليه نفقته كل شهر ؛ يضمن» يريد به : إذا كان يجري عليه نفقته ، لكن لا يسكن معه ، ويقال بالفارسية : إجر اخور^(٣) . لأن هذا ليس في عياله ؛ لأنه غير ساكن معه .

رجلٌ له امرأتان ، ولكل واحد منهما ابنٌ من غيره يسكن معه ، وينفق عليهما ؛ فهما في عياله ؛ لأنه وجد تفسير^(٤) من في عياله ، وهو كونه ساكناً معه .

وقال في «خلاصة الفتاوى» : «الثيابي إذا ترك ثياب الناس في الحمام ، وخرج عن الحمام [٤٥/٢] ، وترك على حلاق^(٥) في الحمام ، وذهب فضاء ثوب الرجل ؛ لا يضمن ، بمنزلة الشركاء»^(٦) .

(١) وقع بالأصل : «دعت» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) يعني : صاحب «الوقائع الحسامية» .

(٣) هكذا ضبطه في : «م» ، «ج» .

(٤) وقع بالأصل : «وجد نفسه» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٥) وقع بالأصل : «وترك حلاقاً» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٦) ينظر : «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣٦١/ق] .

فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا

﴿ نهاية البيان ﴾

وقال في آخر سِرْقَةِ «الجامع الكبير»: «المُودَعُ لو دفع الوديعَةَ إلى عائلِهِ - يَعْنِي: إلى الذي المُودَعُ في عيَالِهِ - لم يَضْمَنْ»^(١).

قال الإمام الزاهد العتّابي: «وهذه الرواية لم تُوجد إلا في هذا الكتاب». يَعْنِي: في «الجامع الكبير».

وقال في «الفتاوى الولوالجية»: «لو وَضَعَ الثيابَ في الحَمَّامِ برأيِ عَيْنِ صاحبِ الحَمَّامِ، ولم يَقُلْ شيئًا باللسانِ، ودخل [٢٣٩/٦م] الحَمَّامُ:

إِنْ لم يَكُنْ للحَمَّامِ ثِيَابِي - وهو الذي يُقالُ بالفارسيَّة: «جَامَةُ دار»^(٢) - يَضْمَنْ صاحبُ الحَمَّامِ ؛ لأن وَضَعَ الثيابَ برأيِ عَيْنِهِ استحفاظٌ منه.

وإن كان للحَمَّامِ ثِيَابِي حاضِرًا: لا يَضْمَنْ صاحبُ الحَمَّامِ ؛ لأن هذا استحفاظٌ للثِيَابِي دَلَالَةً في أيِّ موضعٍ يَضَعُ، إلا إذا نَصَّ على استحفاظِ صاحبِ الحَمَّامِ، بأن قال لصاحبِ الحَمَّامِ: أين أضعُ هذه الثيابَ ؟ فحينئذٍ صار صاحبُ الحَمَّامِ مُودَعًا، وإن كان ثَمَّةَ ثِيَابِي، فيَضْمَنْ ما ضَمِنَ المُودَعُ»^(٣).

قوله: (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ^(٤).

وذلك لأن المالكَ لم يَرْضَ بحفظها بيدِ مَنْ ليس في عيَالِ المُودَعِ [٢٣٨/٦م] ؛ لأن الأيدي تَتَفَاوَتْ في الحَفِظِ والأَمَانَةِ، فلا جَرَمَ يَضْمَنْ إذا أودَعَهَا غَيْرَهُمْ، إلا إذا وَقَعَ حريقٌ غَالِبٌ يُخَافُ منه على الوديعَةِ، فسَلَمَهَا إلى جَارِهِ، أو

(١) كتاب الوديعه ساقط بتمامه من المطبوع من «الجامع الكبير»!

(٢) هكذا ضبطه في: «س»، و«ج». وفي «الفتاوى الولوالجية»: «خانه دار»

(٣) ينظر: «الفتاوى الولوالجية» [٨/٣].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

بَيِّدَ غَيْرِهِ، وَالْأَيْدِي مُخْتَلِفَةٌ فِي الْأَمَانَةِ،

شَايَةَ الْبَيَانِ

كَانَ الْمُودَعُ فِي سَفِينَةٍ مَعَهَا، فَخَافَ الْغَرَقَ أَوْ اللَّصُوصَ وَمَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ، فَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ؛ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْحَفَظِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ، وَلَا طَرِيقَ لِلْحَفَظِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ إِلَّا بِالدَّفْعِ إِلَى غَيْرِهِ، فَكَانَ مَأْذُونًا فِي الدَّفْعِ دَلَالَةً، فَلَا يَضْمَنُ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: وَلَا تُصَدِّقْهُ عَلَى الْعَذْرِ حَتَّى يُقِيمَ ^(١) الْبَيِّنَةَ».

ثُمَّ قَالَ: «وَكَذَلِكَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَذَلِكَ أَنَّ الْإِيْدَاعَ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، فَإِذَا ادَّعَى سَقُوطَ الضَّمَانِ لِلضَّرُورَةِ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، كَمَا لَوْ ادَّعَى أَنَّ الْمَالِكَ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِيْدَاعِ».

وَقَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «فَإِنْ دَفَعَ لَضَّرُورَةٍ؛ بِأَنِّ احْتَرَقَ بَيْتُ الْمُودَعِ، فَدَفَعَهَا إِلَى جَارِهِ؛ لَا يَضْمَنُ، وَكَذَا فِيمَا يُشَبَّهُ هَذَا».

ثُمَّ قَالَ فِيهَا: «قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْحَلَوَانِيُّ رحمته الله فِي صُلْحِ «الْأَصْلِ»: هَذَا إِذَا لَمْ يَجِدْ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ، أَمَّا إِذَا أَمَكَّنَهُ الدَّفْعُ إِلَى مَنْ فِي عِيَالِهِ، فَدَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ؛ يَضْمَنُ».

وَقَالَ الْإِمَامُ خَوَاهِرُ زَادَهُ رحمته الله فِي كِتَابِ الصُّلْحِ أَيْضًا: «هَذَا إِذَا كَانَ الْحَرِيقُ غَالِبًا أَحَاطَ بِمَنْزِلِ الْمُودَعِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُحِيطًا يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ».

وَنَقَلَ فِي «الْخُلَاصَةِ» عَنِ «الْمُنْتَقَى»: «إِنَّ عِلْمَ أَنَّهُ وَقَعَ الْحَرِيقُ فِي بَيْتِهِ قَبْلَ قَوْلِهِ، وَإِلَّا فَلَا» ^(٢).

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «حَتَّى نَقِيمَ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) يَنْظُرُ: «خُلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبَخَارِيِّ [ق/٣٦٠ - ٣٦١].

وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، كَالْوَكِيلِ لَا يُوكَّلُ غَيْرَهُ، وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعُهُ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ.

قَالَ: إِلَّا أَنْ [د/١٠٣] يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ، أَوْ يَكُونُ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ فَيُلْقِيهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ الْمَالِكُ، وَلَا يُصَدِّقُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي ضُرُورَةَ مُسَقِّطَةِ لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ؛ فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْإِذْنَ فِي الْإِيدَاعِ.

قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا عَنْهُ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا؛ ضَمِنَهَا؛

غاية البيان

قوله: (وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، كَالْوَكِيلِ لَا يُوكَّلُ غَيْرَهُ).

لَا يُقَالُ: يَتَقَضَّرُ هَذَا بِالْمُسْتَعِيرِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمَكَاتِبِ؛ حَيْثُ يَكُونُ لَهُؤُلَاءِ الْإِعَارَةُ وَالْإِذْنُ وَالكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مَالِكٌ لِلْمَنْفَعَةِ، وَالْمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ فَيَمْلِكُ التَّمْلِيكَ^(١)، وَكَذَا الْمَكَاتِبُ.

قوله: (وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعُهُ)، يَعْنِي: يَضْمَنُ بِالْوَضْعِ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ، كَمَا يَضْمَنُ بِالْإِيدَاعِ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا يُحْرِزُ فِيهِ مَتَاعَهُ، فَوَضَعَ الْوَدِيعَةَ فِيهِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ حِرْزُ نَفْسِهِ حَيْثُ اسْتَأْجَرَهُ، وَإِنْ كَانَ مِلْكًا لغيرِهِ.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ)، أَي: نَارٌ، وَهَذَا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (ضَمِنَ)، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ آنِفًا.

قوله: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا [ط/٥٠/٢] فَحَبَسَهَا عَنْهُ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا؛ ضَمِنَهَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

(١) وقع بالأصل: «فَيَمْلِكُ التَّوَكِيلَ». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣١].

لأنَّه مُتَعَدِّ بِالْمَنْعِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لِمَا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيُضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ .

قَالَ : فَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ ، ضَمِنَهَا ثُمَّ لَا سَبِيلَ لِلْمُودِعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَقَالَا : إِذَا خَلَطَهَا بِجَنْسِهَا شَرَكُهُ إِنْ شَاءَ ، مِثْلَ أَنْ يَخْلُطَ الدَّرَاهِمَ الْبَيْضَ بِالْبَيْضِ ، وَالسُّودَ بِالسُّودِ ، وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ .

غاية البيان

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ : أَنْ رَدَّ الْوَدِيعَةِ إِلَى صَاحِبِهَا وَاجِبٌ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنْ أَلَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَمَرَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] . فَإِذَا كَانَ الرَّدُّ وَاجِبًا بِحُكْمِ الشَّرْعِ - وَلَمْ يَرُدَّ بَعْدَ الطَّلَبِ - يَكُونُ مَعْزُولًا عَنِ الْحِفْظِ ، مُعْتَدِيًا فِي إِمْسَاكِ الْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ؛ فَيُضْمَنُ .

وَقَدْ قَالُوا : إِنْ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ التَّمَكُّينُ مِنْ أَخْذِهَا دُونَ حَمْلِهَا إِلَى صَاحِبِهَا .

قَالَ فِي «شرح الطحاوي» : «وكذلك لو جحد الودیعة ثم أقر بها ؛ صارت مضمونة عليه ، ولا يبرأ من ضمانها إلا بالتسليم إلى صاحبها ، بخلاف المودع إذا خالف في الودیعة ثم ترك الخلاف وعاد إلى الوفاق ؛ ارتفع الضمان عندنا ، وعند الشافعي رحمته الله : لَا يَرْتَفِعُ كَالْجُحُودِ ^(١)» ^(٢) .

قَوْلُهُ : (قَالَ : فَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ ؛ ضَمِنَهَا) . أَي : قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره» ^(٣) .

(١) ينظر : «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٧٧/٨] . و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي

[١٢٥/٥] . و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٧٩/٢] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٣١٨/ق] .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [١٣١/ص] .

لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً، وَأَمَكَّنَهُ مَعْنَى بِالْقِسْمَةِ، فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ، فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ.

وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا.

غاية البيان

وقال محمد رحمه الله في كتاب القضاء من «الجامع الصغير»: «عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله: في رجل أودع رجلاً ألف درهم، فخلطها بألف درهم أخرى، قال: الألف دين على المودع، وليس لصاحبها الذي أودعها عليه سبيل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يَشْرِكُهُ إِنْ شَاءَ»^(١).

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: هذا إذا خلطها من غير إذابة، فأما إذا كان بإذابة، فجواب أبي حنيفة رحمهما الله لا يَخْتَلِفُ، بل يَنْقَطِعُ الْمِلْكُ بِكُلِّ حَالٍ، وَرُويَ عَنْ أَبِي يَوْسُفَ رحمهما الله: أَنَّهُ جَعَلَ الْأَقْلَّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَشْرِكُهُ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الْجَنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجَنْسَ عِنْدَهُ، كَمَا فِي الرَّضَاعِ: امْرَأَتَانِ جَمَعَتَا أَلْبَانَهُمَا فِي قَدَحٍ، وَصُبَّ ذَلِكَ فِي حَلْقٍ صَبِيٍّ، عِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ: الْعَبْرَةُ لِلْأَكْثَرِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَثْبُتُ الرَّضَاعُ مِنْهُمَا.

والحاصل هنا: ما قالوا في «شروح الجامع الصغير»: إِنْ الْخَلْطَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

خَلْطٌ بِطَرِيقِ الْمَجَاوِرَةِ مَعَ إِمْكَانِ التَّمْيِيزِ، كَخَلْطِ الْجَوْزِ بِاللُّوزِ، وَالْدِرَاهِمِ الْبَيْضِ بِالسُّودِ، وَأَنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِتَيَسُّرِ الْوُصُولِ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ.

والثاني: خَلْطٌ بِطَرِيقِ الْمَجَاوِرَةِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَدَّرُ التَّمْيِيزُ، كَخَلْطِ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ، وَذَلِكَ يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ؛ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ لَا تَخْلُو عَنْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٤].

وَلَوْ أَبْرَأَ الْخَالِطُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدِّينِ وَقَدْ سَقَطَ ، وَعِنْدَهُمَا بِالْإِبْرَاءِ يَسْقُطُ خَيْرَةُ الضَّمَانِ ؛ فَتَتَعَيَّنُ

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

حَبَاتِ الشَّعِيرِ ، وَكَذَا الشَّعِيرُ لَا يَخْلُو عَنْ حَبَاتِ الْحِنْطَةِ ، فَيَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ حَقِيقَةً ، وَالتَّمْيِيزُ حُكْمًا - وَهُوَ الْقِسْمَةُ - مُتَعَذِّرٌ أَيْضًا لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ ، فَكَانَ الْخَلْطُ اسْتِهْلَاكًا .

وَالثَّالِثُ : خَلْطٌ بِطَرِيقِ الْمُمَازَجَةِ فِي خِلَافِ الْجِنْسِ ؛ كَخَلْطِ الدُّهْنِ بِالْخَلِّ [م/٢٤٠/٦] وَنَحْوِهِ ، وَأَنَّهُ يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِتَعَذُّرِ الْوَصُولِ إِلَى عَيْنِ الْحَقِّ .
وَالرَّابِعُ : الْخَلْطُ بِطَرِيقِ الْمُمَازَجَةِ أَوْ الْمَجَاوِرَةِ فِي الْجِنْسِ ؛ فَلأَوَّلُ كَخَلْطِ دُهْنِ الْجَوْزِ بِدُهْنِ الْجَوْزِ ، وَالثَّانِي : كَخَلْطِ الْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ ، وَالدَّرَاهِمِ الْبَيْضِ بِالدَّرَاهِمِ الْبَيْضِ .

فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ❦ : يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ ، وَعِنْدَهُمَا : يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ : إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَهُ ، وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الْمَخْلُوطِ ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ وَالْوَصُولَ إِلَى عَيْنِ الْحَقِّ إِنْ تَعَذَّرَ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ ؛ لَمْ يَتَعَذَّرْ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ بِالْقِسْمَةِ ، فَيَمْتَنِعُ الْهَلَاكُ وَالْقِسْمَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِفْرَازًا وَتَعْيِينًا بِالْإِجْمَاعِ ، حَتَّى يَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنْ غَيْرِ قِضَاءٍ [و/٤٦٢/٢] وَلَا رِضَاً ، وَيَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْعَ نَصِيبِهِ مُرَابَحَةً عَلَى نَصْفِ الثَّمَنِ ، فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ ، فَيَتَخَيَّرُ : إِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جَانِبِ الْهَلَاكِ ، وَيُضَمَّنُهُ الْقِيَمَةَ أَخْذًا بِالْوَجْهِ الَّذِي هُوَ مُسْتَهْلِكٌ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالْوَجْهِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مُسْتَهْلِكٍ وَشَارَكَهُ .

وَلأَبِي حَنِيفَةَ ❦ : أَنْ خَلْطَ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ لَا يَحْتَمِلُ التَّمْيِيزَ ، فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا ؛ لِأَنَّهُ يَعْجِزُ الْمَالِكُ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِحَقِّهِ ، فَيَنْقَطِعُ الْحَقُّ إِلَى الضَّمَانِ ، كَمَا فِي الْخَلْطِ ، بِخِلَافِ الْجِنْسِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ .

الشَّرِكَةُ فِي الْمَخْلُوطِ ، وَخَلَطُ الْحَلِّ بِالزَّيْتِ وَكُلُّ مَائِعٍ بغيرِ جنسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكُ صُورَةٍ ، وَكَذَا مَعْنَى لَتَعَذُّرِ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ خَلَطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الْآخَرِ فَيَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ وَالْقِسْمَةُ .

وَلَوْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ إِلَى ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ يَجْعَلُ الْأَقْلَّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ ؛ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكَةٌ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الرِّضَاعِ . [١٠٣/ظ]

وَنَظِيرُهُ خَلَطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَا بَتَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالْإِذَا بَتَّةِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وَمَا قَالَا مِنَ الْقِسْمَةِ: لَا يَصْلُحُ مَانِعًا مِنَ الْهَلَاكِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ ضَرُورَاتِ الشَّرِكَةِ ، فَلَا تَصْلُحُ عَلَّةً لِلشَّرِكَةِ . أَعْنِي: أَنَّ الْقِسْمَةَ حُكْمُ الشَّرِكَةِ ، فَلَا تَكُونُ عَلَّةً لِلشَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ تَنْقَلِبُ الْعِلَّةُ حُكْمًا ، وَالْحُكْمُ عَلَّةٌ ، وَهُوَ فَاسِدٌ .

قَوْلُهُ: (وَخَلَطُ الْحَلِّ بِالزَّيْتِ) ، بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ ، كَذَا السَّمَاعُ ، وَهُوَ دُھنُ السَّمْسِمِ .

قَوْلُهُ: (وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ: خَلَطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ) ، أَي: مِنْ قَبِيلِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْمَالِكِ ، وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) ، احْتِرَازٌ عَنْ رَوَايَةِ الْحَسَنِ .

قَالَ شَمْسُ الْأُثْمَةِ الْبَيْهَقِيُّ فِي كِتَابِ الْغَصَبِ مِنْ «الْكُفَايَةِ»: «رَوَى الْحَسَنُ فِي مَسْأَلَةِ خَلَطِ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: مِثْلَ قَوْلِهِمَا» .

قَوْلُهُ: (لِمَا ذَكَرْنَا) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ) ؛ لِأَنَّهُ فَعَلٌ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الْوَصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ .

قَالَ: وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ؛ فَهُوَ شَرِيكَ لِصَاحِبِهَا كَمَا إِذَا انْشَقَّ الْكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ فَيَشْتَرِكَانِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ؛ فَهُوَ شَرِيكَ لِصَاحِبِهَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وذلك لأن الودیعة إذا تَلَفَتْ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُودَعِ؛ لَا يَضْمَنُ، فَكَذَا إِذَا اخْتَلَطَتْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ التَّعَدِّيَ مِنْهُ.

قال الحاكمُ الشهيد رحمهُمُ اللّٰهُ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «إِذَا انْشَقَّ الْكِيسُ [٦/٢٤٠ ظ/م] فِي صَنْدُوقِهِ، فَاخْتَلَطَتْ بِدِرَاهِمِهِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَهُمَا فِيهِ شَرِيكَانِ، وَإِنْ هَلَكَ بَعْضُهَا؛ هَلَكَ مِنْ مَالِهِمَا جَمِيعًا، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

يَعْنِي: إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَلْفٌ، وَلِلْآخَرِ أَلْفَانِ؛ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّهُ اخْتَلَطَ بِمَالِهِ الْآخَرِ خَلْطًا لَا يُمَكِّنُ التَّمْيِيزَ بَيْنَهُمَا، فَتَبَتِ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا، حَيْثُ لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لِعَدَمِ التَّعَدِّيِ لَوْجُودِ مِلْكِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي بَعْضِهِ.

قال الْوَلَوَالِجِيُّ فِي «فَتَاوَاهُ»: «هَذَا إِذَا كَانَتِ الدِّرَاهِمُ صَحَاحًا أَوْ مَكْسَرَةً، فَإِنْ كَانَتِ دِرَاهِمُ أَحَدِهِمَا صَحَاحًا، وَدِرَاهِمُ الْآخَرِ مُكْسَرَةً؛ لَا يَتَّبِثُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا، بَلْ يُمَيِّزُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَيُدْفَعُ إِلَى الْمُودَعِ مَالُهُ، وَيُمْسِكُ الْمُودَعُ مَالَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ التَّمْيِيزَ بَيْنَهُمَا».

وَإِنْ كَانَ مَالُ أَحَدِهِمَا دِرَاهِمَ صَحَاحًا جَيَادًا، وَفِيهَا بَعْضُ الرَّدِيِّ، وَدِرَاهِمُ الْآخَرِ صَحَاحًا رَدِيئَةً، وَفِيهَا بَعْضُ الْجَيَادِ؛ تَتَّبِثُ الشَّرِكَةُ بَيْنَ الْمَالَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا خَلْطٌ لَا يُمَكِّنُ التَّمْيِيزَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كَيْفَ يَقْتَسِمَانِ إِنْ تَصَادَقَا: أَنْ ثُلَّثِي مَالِ أَحَدِهِمَا

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣١].

قَالَ: فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعُ؛

غاية البيان

جَيَادٌ، وَثُلْثُهُ رَدِيٌّ، وَثُلْثِي مَالِ الْآخِرِ رَدِيٌّ، وَثُلْثُهُ جَيِّدٌ؟ يَفْتَسِمَانِ الْجَيَادَ مِنَ الْمَالِ الْمُخْتَلَطِ أَثْلَاثًا، وَالرَدِيَّ أَثْلَاثًا عَلَى قَدَرِ مَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَأِنْ لَمْ يَتَصَادَقَا وَكَانَ لَا يُعْرَفُ، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَّ ثُلْثِي مَالِهِ جَيَادٌ، وَثُلْثُهُ رَدِيٌّ، وَمَالُ صَاحِبِهِ ثُلْثَاهُ رَدِيٌّ، وَثُلْثُهُ جَيِّدٌ؛ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلْثَ الْجَيَادِ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلْثُ الْجَيَادِ، فَيَأْخُذَانِ ذَلِكَ، وَاخْتَلَفَا فِي الثُّلْثِ الْآخِرِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ، وَذَلِكَ الثُّلْثُ فِي أَيْدِيهِمَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفُ هَذَا الثُّلْثِ، وَهُوَ سُدُسُ الْكُلِّ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا فِي يَدِهِ [٤٦/٢]، وَيُخْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى صَاحِبِهِ.

فَإِنْ حَلَفَا بَرِّئَا عَنْ الدَّعْوَى، وَتَرِكَ الْمَالُ فِي أَيْدِيهِمَا كَمَا كَانَ، وَإِنْ نَكَلَا؛ قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصْفِ الثُّلْثِ، وَهُوَ سُدُسُ الْكُلِّ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَامَتَ لِهَمَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا، وَنَكَلَ الْآخَرُ، بَرِيَ الْحَافِظُ، فَيَرُدُّ النَّاكِلُ نَصْفَ الثُّلْثِ، وَهُوَ سُدُسُ الْكُلِّ الَّذِي فِي يَدِهِ إِلَى صَاحِبِهِ^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ: «وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ إِنْسَانٌ فِي بَيْتِهِ مِنْ عِيَالِهِ: مِنْ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ مَمْلُوكٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ؛ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ، وَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي خَلَطَهَا»^(٢).

وَأَمَّا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْمُودَعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ التَّعَدِّي، وَجُعِلَ فِعْلُ [٤١/٦] مَنْ فِي عِيَالِهِ كَفَعْلِهِ فِيمَا فِيهِ ضَرُورَةٌ، وَهُوَ الْحَفْظُ لَا فِي حَقِّ الْإِسْتِهْلَاكِ، وَوَجِبَ الضَّمَانُ عَلَى الْخَالِطِ؛ لِأَن سَبَبَ الضَّمَانِ - وَهُوَ الْإِسْتِهْلَاكُ - وَجَدَ مِنْهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعُ)،

(١) ينظر: «الفتاوى الولوالجية» [١٢/٣ - ١٣].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١٥٦/ق].

لِأَنَّهُ خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ ؛ فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ .

قَالَ : وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ ؛ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا ، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَحْدَمَهُ ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ ، ثُمَّ أَزَالَ التَّعْدِيَّ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ .

﴿ غاية البيان ﴾

أي : قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(١) .

وذلك لأنَّ البعضَ الذي أَنْفَقَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ بِالْإِتْلَافِ ، والبعضُ الباقي يَجِبُ ضَمَانُهُ أَيْضًا ؛ لأنَّ المردودَ ماله ، وقد خَلَطَهُ بِالْوَدِيعَةِ ، والخلطُ استهلاكٌ ؛ لأنه لا يُمَكِّنُ التَّمْيِيزَ ، فلذلك ضَمِنَ الْجَمِيعَ .

قال الولَوَالِجِيُّ في «فتاواه» : «وإنَّ كَانَتِ الْوَدِيعَةُ دِرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ شَيْئًا مِنْ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ ، فَأَنْفَقَ طَائِفَةً مِنْهَا فِي حَاجَتِهِ ؛ كَانَ ضَامِنًا لِمَا أَنْفَقَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بِالْإِنْفَاقِ ، وَلَا يَضْمَنُ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْلَفْ ، فَإِنْ جَاءَ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ وَخَلَطَ بِالْبَاقِي ؛ صَارَ ضَامِنًا لِجَمِيعِهَا مَا أَنْفَقَ بِالْإِتْلَافِ ، وَمَا بَقِيَ بِالْخَلْطِ ، هَذَا إِذَا لَمْ يَجْعَلْ عَلَى مَالِهِ عِلَامَةً حِينَ خَلَطَ بِمَالِ الْوَدِيعَةِ ، أَمَّا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ عِلَامَةٍ ؛ لَا يَضْمَنُ سِوَى مَا أَنْفَقَ ؛ لِإِمْكَانِ التَّمْيِيزِ»^(٢) .

قوله : (قَالَ : وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ ؛ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا ، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَحْدَمَهُ ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ ، ثُمَّ أَزَالَ التَّعْدِيَّ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ ؛ زَالَ الضَّمَانُ) ، أي : قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(٣) .

ولَقَّبَ الْمَسْأَلَةَ : أَنَّ الْمُودَعَ إِذَا خَالَفَ فِي الْوَدِيعَةِ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوَفَاقِ ؛ بَرِيءٌ

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١] .

(٢) ينظر : «الفتاوى الولَوَالِجِيَّة» [٣/١٣] .

(٣) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١] .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ .

❦ هاية البيان ❦

عن الضَّمانِ عندنا خلافاً لِزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما الله ^(١) . كذا في نُسْخِ «طريقة الخلاف» ^(٢) .

وقال في «التحفة»: «وفي المُسْتَأْجِرِ والمُسْتَعِيرِ إذا خالفَا ثم تَرَكََا الخلافَ ؛ بَقِيَ الضَّمانُ ، وعندَ بعضهم هذا بمنزلةِ المُودَعِ» ^(٣) . كذا في «التحفة» .

وقال في «خلاصة الفتاوى» ^(٤) : وفي الإِجَارَةِ والإِعَارَةِ: الأصَحُّ أنه لَا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوَفَاقِ ، واختلف المشايخُ في أن العينَ بالخلافِ هل تَدْخُلُ في ضمانه أم لا ؟

قال بعضهم: لَا تَدْخُلُ في ضمانه ، حتى لو هَلَكَ في حالةِ الخلافِ لَا يَضْمَنُ ، وإليه ذهبَ الفقيهُ أَبُو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ ، والصَّحِيحُ: أنه يَدْخُلُ في ضمانه بِالخلافِ ، فإنَ مُحَمَّدًا رحمهما الله نصَّ في الكتابِ: أنه إذا هَلَكَ في حالةِ الخلافِ ، واختلفا في الْقِيَمَةِ ؛ فالقولُ قولُ المُودَعِ ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَالِكِ . كذا ذَكَرَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ في «طريقة الخلاف» ^(٥) .

وقال في «الطريقة البرهانية»: «والأصحُّ: أن العينَ تَدْخُلُ في ضمانه ؛ لأنَ مُحَمَّدًا رحمهما الله ذَكَرَ بلفظِ الْبَرَاءَةِ ، وَالْبَرَاءَةُ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الْوَجوبِ» ^(٦) .

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٢٥/٥] . و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١١١] . و«العزیز شرح الوجيز» للرافعي [٣٠٤/٧] .

(٢) ومن هذه النُسخ: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢] .

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٧٢/٣] .

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٦٠] .

(٥) ومن هذه النُسخ: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢] .

(٦) وقع بالأصل: «بمعنى: الوجوب» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

﴿ غاية البيان ﴾

وجه قولهما: أن عقد الوديعة ارتفع بالخلاف؛ لأن [١/٢٤١/٢م] الخلاف خيانة، والوديعة أمانة، وبين الخيانة والأمانة منافاة، فلا يجتمعان، فلا يبرأ عن الضمان؛ لأنه لو برئ إما أن يبرأ بالإبراء، أو بالرد إلى المالك، أو بالرد إلى نائب المالك [١/٢٤٧/٢]، ولم يوجد واحد من هذه الأشياء، فلا يبرأ عن الضمان.

والحاصل: أنهما اعتبرا الخلاف فعلاً بالخلاف قولاً، فإنه إذا جحد الوديعة ثم أقر؛ لا يبرأ عن الضمان، فكذا هنا.

ولنا: أن الأمر بالحفظ باقٍ بعد الخلاف لإطلاق الأمر؛ لأنه لم يختص بوقتٍ دون وقت، ولهذا يملك إمساكها على التأبيد، فإذا كان الأمر باقياً، وحكمه لزوم الحفظ المأمور به، وقد عاد إلى الوفاق؛ كان حافظاً بحكم الأمر، فيبرأ عن الضمان؛ لأنه بالوفاق حصل الرد إلى نائب المالك، وهو المودع المأمور بالحفظ.

غاية ما في الباب: أنه بالخلاف فوّت الامتثال، وصحة الأمر ليست بموقوفة على وجود الامتثال، ففواته في المستقبل كيف يُعَدُّه؟ ولا يكون الخلاف ردّاً للأمر، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الدلالة، ألا ترى أن أمر صاحب الشريعة لا يبطل بالخلاف.

فإذا كان الأمر باقياً، وعاد إلى الوفاق حال قيام الأمر؛ زال الضمان، وارتفع حكم العقد الذي هو لزوم الحفظ المأمور به حالة الخلاف ضرورة ثبوت نقيضه، وهو تفويت الامتثال، لا بتصرفٍ وجد من المودع برفع العقد وإبطاله، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة، فكان الارتفاع مقتصرًا على القدر الذي وجد الخلاف، وفات الموجب لا غير، فيبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق.

والدليل على أن الخلاف لا يبطل الأمر: أن من وكل رجلاً ببيع عبده، فأعتقه،

 نهاية البيان

أَوْ رَهْنَهُ ، أَوْ بَاعَهُ بِثَمَنِ يَسِيرٍ ، وَقَدْ أَمَرَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ مَا فَعَلَهُ ؛
لأنه خَالَفَ وتعدَّى ، ومع هذا لَا يَبْطُلُ الْأَمْرُ ، حَتَّى لَا يَمْنَعَهُ مِنْ بَيْعِهِ فِي الثَّانِي
بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ أَمْرُهُ بِهِ .

هذا الذي قُلْنَا مِنْ بَقَاءِ الْأَمْرِ : ظَاهِرٌ فِيْمَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ مُطْلَقًا ، أَمَا إِذَا كَانَ
مَوْقَّتًا ، فَخَالَفَ فِي الْوَقْتِ فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ إِنَّمَا ثَبَتَ التَّنْصِيطُ بِقَوْلِهِ : احْفَظْ
هَذَا الْمَتَاعَ شَهْرًا ، وَذَلِكَ الْقَوْلُ قَائِمٌ حَالِ الْخِلَافِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ قَائِمًا قَبْلَ الْخِلَافِ ،
فَمِنْ ادَّعَى الِارْتِفَاعَ بِالْخِلَافِ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ ، فَإِذَا كَانَ قَائِمًا : فَبِالْعَوْدِ إِلَى الْوِفَاقِ
حَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ ، فَبَرِيءٌ عَنِ الضَّمَانِ .

حَاصِلُ مَا فِي الْبَابِ : أَنَّ بِالْخِلَافِ دَخَلَ الْعَيْنُ فِي ضَمَانِهِ ، وَلَكِنْ مَوْقَّتًا إِلَى
غَايَةِ الرَّدِّ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ : «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّ»^(١) . فَإِذَا وُجِدَ الرَّدُّ إِلَى
نَائِبِ الْمَالِكِ انْتَهَى [٢٤٢/٦ م] الضَّمَانُ وَزَالَ .

وَالْتَحَقِيقُ فِي الْمَسْأَلَةِ : أَنَّ الْخِلَافَ لَيْسَ بِرَافِعٍ لِلأَمْرِ وَضْعًا ، وَلَيْسَ بِمُضَادٍّ لَهُ
شَرْعًا .

بَيَانُ الْأَوَّلِ : أَنَّ الْخِلَافَ أَثَرُهُ فِي ثُبُسِ الثَّوْبِ ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ ، وَلَيْسَ بِمَوْضُوعٍ
لِرَفْعِ الْأَمْرِ .

وَبَيَانُ الثَّانِي : أَنَّ الْخِلَافَ أَثَرُهُ فِي تَفْوِيتِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ بِهِ لَا يُتَافَى الْطَلَبِ ،
بَلْ تَحَقَّقَ شَرْطُ الطَّلَبِ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ أَبَدًا إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمَعْدُومِ لَا الْمَوْجُودِ ، فَإِذَا
كَانَ مُقَرَّرًا لِلطَّلَبِ ، كَيْفَ يَكُونُ مُنَافِيًا لِلطَّلَبِ .

فَإِنْ قُلْتَ : سَلَّمْنَا أَنَّ الْخِلَافَ لَيْسَ بِرَافِعٍ لِلأَمْرِ وَضْعًا وَلَا دَلَالَةً ، وَلَكِنْ لَمْ

﴿ هاية البيان ﴾

قُلْتُ بَأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ مَعْنَى ذَلِكَ الْمَعْنَى ، يَقْتَضِي انْفِسَاخَ الْعَقْدِ .

بَيَانُهُ : أَنَّ الْمُودَعَ طَلَبَ مِنَ الْمُودِعِ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، وَالْمُودِعُ مَلَكُهُ ، فَيَكُونُ هَذَا عَقْدُ الْإِعَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِيكَ الْمَنَفْعَةِ ، وَبِالْخِلَافِ اسْتِرْدَادُ مَا أَعَارَ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ حَافِظًا لِمَالِكِهِ [٤٧/٢] ، وَالْآنَ صَارَ حَافِظًا لِنَفْسِهِ ، وَإِذَا كَانَ حَافِظًا لِنَفْسِهِ ؛ [يَكُونُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ] ^(١) ، فَلَا يَكُونُ قَابِضًا لِمَالِكِهِ ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا كَانَتِ الْعَارِيَّةُ عَيْنًا ، فَاسْتِرْدَادُهَا تَنْفَسِخُ .

قُلْتُ : لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُودَعَ مُعِيرٌ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَمْلِكُ قَبُولَ الْوَدِيعَةِ مِنْ أَنَاسٍ شَتَّى ، وَلَوْ كَانَ مُعِيرًا لَمَا مَلَكَ .

وَلَيْتُنَا سَلَّمْنَا بِأَنَّهُ مُعِيرٌ ، وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ بِأَنَّ الْخِلَافَ اسْتِرْدَادُ مَا أَعَارَ ، سَلَّمْنَا أَنَّهُ كَانَ حَافِظًا لِمَالِكِهِ ، فَصَارَ حَافِظًا لِنَفْسِهِ .

وَلَكِنْ نَقُولُ : قَبْضُ الْعَارِيَّةِ إِنَّمَا يُوجِبُ الْانْفِسَاخَ بِاعْتِبَارِ الْعَجْزِ ، وَالْعَجْزُ هُنَا لَيْسَ بِثَابِتٍ ، فَإِنَّ الْقُدْرَةَ قَائِمَةٌ .

وَالْجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الْجُحُودِ فَنَقُولُ : رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي «شرح الطَّحَاوِيِّ» : أَنَّهُ إِذَا جَحَدَ الْوَدِيعَةَ فِي حَالِ غِيْبَةِ الْمُودِعِ ؛ لَا يَضْمَنُ ، فَنَقُولُ : لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَضْمَنُ إِذَا عَادَ إِلَى الْوَفَاقِ .

وَلَيْتُنَا سَلَّمْنَا فَنَقُولُ : إِنْ الْجُحُودَ فَنَسَخَ لِلْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ انْكَارٌ مِنَ الْأَصْلِ ، وَلِهَذَا إِذَا تَجَاوَدَ الْمُتَبَايعَانِ ؛ انْفَسَخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ الْجُحُودُ كُنَايَةً عَنِ الْقَسْخِ ، فَإِذَا انْفَسَخَتِ الْوَدِيعَةُ بِالْجُحُودِ ؛ لَمْ تَعُدْ إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، فَلَمْ يَزَلِ الضَّامَانُ بِالْإِقْرَارِ بَعْدَ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ خِلَافِ الْمُودِعِ مَعَ الْاعْتِرَافِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَزُولُ الْأَمْرُ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

❦ نهاية البيان ❦

بالحفظ ، فإذا عاد إلى الوفاق زال الضمان بزوال سببه .

وأما مسألة العارية: فالجواب عنها على التفصيل: إن استعار ذاهباً لا جائياً ؛ لا يبرأ عن الضمان ، وإن استعار ذاهباً وجائياً برئ عن الضمان .

والفقه فيه: أنه إذا استعار ذاهباً لا جائياً ، فإذا بلغ المكان انتهى العقد ، فإذا جاوز دخل العين في ضمانه ، فإذا عاد عاد والأمر ليس بباقي ، فلا يبرأ عن الضمان .

وأما إذا استعار ذاهباً وجائياً ، فإذا بلغ ذلك المكان^(١) ؛ لا ينتهي العقد ، فإذا جاوز دخل العين في ضمانه ، فإذا عاد [٢/٢٤٢/٦م] عاد والأمر باقي ، فيبرأ عن الضمان .

وخرج الجواب أيضاً عن مسألة الإجارة على هذا الوجه ، هذا [على]^(٢) ما قيل: إن المستأجر والمستعير كالمودع .

والجواب على الأصح: أن يد المستأجر لنفسه لا للمالك ، فهو وإن أزال^(٣) التعدي لم يرده إلى المالك ولا إلى نائبه ، وكذلك المستعير ؛ لأن يده لنفسه لا للمالك ، بخلاف المودع ، فإن يده يد المالك ؛ لأنه نائبه لقيام الأمر .

والباقى يُعلم في نسخ «طريقة الخلاف»^(٤) ، خصوصاً في «الطريقة البرهانية» المطولة ؛ أعني: طريقة الصدر الكبير البرهاني الأجل صاحب «المحيط» أبي محمد عبد العزيز^(٥) بن عمر بن أبي سهل المعروف بمآزه البخاري^(٦) رحمه الله عليه .

(١) وقع بالأصل: «ذلك الحال» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٣) وقع بالأصل: «زال» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٤) ومن هذه النسخ: ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢] .

(٥) وقع بالأصل: «ابن عبد العزيز» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٦) كذا قال المؤلف! وصاحب «المحيط»: هو محمود - أو محمد - بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر =

وَلَنَا: أَنَّ الْأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ الْعَقْدِ ضَرُورَةٌ تُبَوِّتُ نَقِيضَهُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا، فَتَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي الْبَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ.

قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا؛ ضَمِنَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ

﴿ غاية البيان ﴾

قَوْلُهُ: (فَإِذَا ارْتَفَعَ)، أَي: نَقِيضُ حُكْمِ الْعَقْدِ ارْتَفَعَ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوَفَاقِ، وَنَقِيضُهُ تَفْوِيتُ الْامْتِثَالِ.

وَالنَّقِيضُ: الشَّيْءُ الَّذِي يَلْزَمُ مِنْ وَجُودِهِ ارْتِفَاعُ مَا يُقَابِلُهُ، وَمِنْ ارْتِفَاعِهِ: وَجُودُ مَا يُقَابِلُهُ، (عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ)، وَهُوَ لَزُومُ الْحِفْظِ الْمَأْمُورُ بِهِ.

قَوْلُهُ: (فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ)، يَعْنِي: لَمَّا عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوَفَاقِ؛ حَصَلَ رَدُّ الْوَدِيعَةِ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ، وَهُوَ الْمُودَعُ، فَبَرِيءٌ عَنِ الضَّمَانِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا؛ ضَمِنَهَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «فَإِنْ عَادَ إِلَى الْاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ»^(١).

قَيَّدَ بِالْجُحُودِ عِنْدَ الطَّلِبِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَحَدَ عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا - لَا بِنَاءً عَلَى الطَّلِبِ - لَا يَضْمَنُ.

= بن مازة البخاري المَرْغِينَانِيُّ، بُرْهَانُ الدِّينِ - وَهُوَ صَاحِبُ: «الطَّرِيقَةُ الْبَرْهَانِيَّةُ» أَيْضًا، وَلَعَلَّهُ اشْتَبَهَ عَلَى الْمُؤَلِّفِ بِ: عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ مَازَةَ الْمَعْرُوفِ بِبَرْهَانَ الْأُئِمَّةِ أَبِي مُحَمَّدٍ. وَإِلْدُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْمَلَقَبُ بِالصَّدْرِ الشَّهِيدِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ تَرْجُمَةُ الرَّجُلَيْنِ.

وَسَوْفَ يَتَكَرَّرُ هَذَا الْوَهْمُ لِلْمُؤَلِّفِ فِي مَوَاضِعَ تَأْتِي، وَقَدْ لَبَّاهُ عَلَيْهِ حَاجِي خَلِيفَةُ فِي: «كَشَفِ الظُّنُونِ» [١٦١٩/٢] فَقَالَ: «وَهْمُ الْإِتْقَانِي»، حَيْثُ قَالَ فِي الْمَأْذُونِ، مِنْ «غَايَةِ الْبَيَانِ»: «قَالَ بَرْهَانُ الدِّينِ، الصَّدْرُ الْكَبِيرُ، صَاحِبُ (الْمَحِيطِ): عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَهْلٍ، الْمَعْرُوفُ: بِمَازَةَ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ... إلخ». انْتَهَى. فَظَنَّ أَنَّ «الْمَحِيطَ» لَهُ، وَإِنَّمَا وَقَعَ فِي الْغَلَطِ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي اللَّقَبِ.

(١) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

عَنِ الْحِفْظِ ، فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ بِالْإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيُضْمَنُهَا ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ الْعَقْدِ ، إِذِ الْمُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفْعٌ مِنْ جِهَتِهِ ،

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

حَكَى فِي «خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى» عَنْ «نُسخة^(١)» الْإِمَامِ السَّرْحَسِيِّ رحمته الله : «إِذَا جَحَدَ الْوَدِيعَةَ فِي وَجْهِ الْمَالِكِ ، لَا بِنَاءَ عَلَى الطَّلَبِ مِنَ الْمَالِكِ ، بَأَنْ قَالَ الْمَالِكُ : «مَا حَالُ وَدِيعَتِي» لِيَشْكُرَهُ عَلَى الْحِفْظِ ، فَقَالَ : لَيْسَ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ ؛ لَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله ، وَقَيَّدَ بِالْجُحُودِ عِنْدَ صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَحَدَهَا عِنْدَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَضْمَنُ»^(٢).

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي «فَتَاوَاهُ» [٤٤٨/٢] : «رَجُلٌ سَأَلَ مُودَعَ إِنْسَانٍ : هَلْ عِنْدَكَ مَالٌ فَلَانٍ ؟ فَقَالَ : لَا ؛ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْجُحُودَ حَالٌ غَيْبِيٌّ الْمَالِكِ لَيْسَ بِمُبْطِلٍ لِلْعَقْدِ»^(٣).

وَقَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ» : «وَلَوْ جَحَدَ الْوَدِيعَةَ فِي حَالِ غَيْبَةِ الْمُودَعَ : رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ، وَعِنْدَ زُفَرٍ يَضْمَنُ»^(٤).

وَذَكَرَ فِي «الْمَخْتَلَفِ» فِي بَابِ زُفَرٍ : «إِذَا قَالَ أَجْنَبِيٌّ لِلْمُودَعَ : أَعِنْدَكَ وَدِيعَةٌ فَلَانٍ ؟ فَقَالَ : لَا ، ضَمِنَ ، وَعِنْدَنَا : لَا يَضْمَنُ»^(٥).

لَهُ : أَنَّهُ جَحَدَ الْوَدِيعَةَ ، فَيَضْمَنُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالِكُ حَاضِرًا ، وَكَالِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَ غَيْبِهِ .

وَلَنَا : أَنَّ جُحُودَ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ الْأَجْنَبِيِّ مِنْ تَمَامِ الْحِفْظِ ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَخَافُ عَلَى الْوَدِيعَةِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ ، بِخِلَافِ حَالِ حَضْرَةِ الْمَالِكِ ، ثُمَّ

(١) فِي «غ» . «عَنْ شَيْخِهِ» . وَالْمَثْبُوتُ هُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي : «خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى» لِافتخار الدين الْبَخَارِيِّ [٣٨٨/ب] / مَخْطُوطُ مَكْتَبَةِ نُورِ عَثْمَانِيَّةٍ - تُرْكِيَا / (رَقْمُ الْحِفْظِ : ١٩٤٤) .

(٢) يَنْظُرُ : «خِلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبَخَارِيِّ [٣٥٩/ق] .

(٣) يَنْظُرُ : «الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّةُ» [٨/٣] .

(٤) يَنْظُرُ : «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» لِلْأَسْنِيْنَجَابِيِّ [٣١٨/ق] .

(٥) يَنْظُرُ : «مَخْتَلَفُ الرِّوَايَةِ» لِأَبِي الْلَيْثِ السَّمُرْقَنْدِيِّ [١٣٤٦/٣] .

❦ غایة البیان ❦

بـالاعترافِ بعدَ الجحودِ عندَ المالِ لا یُبرَأُ عنِ الضَّمانِ إلا بالتسليمِ إليه ؛ لأنَّ المُودَعَ لَمَّا طالَبه بالردِّ فقد عزَّله عن الحفظِ ؛ لأنَّ المُودَعَ كان وکیلًا بحِفْظِ الودِیعةِ ، والعزلُ فسْخٌ [م/٢٤٣/٦] مِنْ جِهَةِ المالكِ .

فإذا جحد الودیعة بحضرة صاحبه ؛ حصل الفسخُ مِنْ جِهَتِهِ أيضًا ؛ لأنه إنكارٌ مِنْ الأصلِ ، فتمَّ الفسخُ ، فَبَقِيَ الشَّيْءُ فِي يَدِهِ لا على وجهِ الأمانةِ ، فصار كقبْضِ الغصبِ ، ثم بعد ارتفاع العقد لا یُبرَأُ عنِ الضَّمانِ بالاعترافِ ؛ لأنَّ العقدَ لا یعودُ إلا بالاستئنافِ^(١) ، ولم یُوجدُ .

والجحودُ قد یكونُ فسْخًا ، كما في جحودِ الوکیلِ الوكالةَ بحضرة صاحبه ، وكما في مُتعاقدی البیع إذا تجاحدا ؛ كان ذلك فسْخًا للبیع ، بخلافِ خلافِ المُودَعِ فعلاً إذا وافق ، حیثُ یُبرَأُ عنِ الضَّمانِ لقيام الأمرِ ، وقد مرَّ بیانُ الفرقِ .

وقال في کتابِ الغصبِ مِنْ «الأجناسِ» : «وأما المُودَعُ إذا جحد الودِیعةُ : كان شیخنا أبو عبدِ الله الجُرْجَانِيُّ رحمهُ الله یقولُ : إنه على وجهینِ : إنْ نقل الودِیعةُ عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكَتْ ، ضَمِنَ ، وإنْ لم یُنقلْها عن موضعِها حتَّى هلكَتْ ، لا یضْمَنُ»^(٢) .

ونقلَ في «خلاصة الفتاوى» عن «المنتقى» : «إذا كان الودِیعةُ أو العاریةُ مما یحوَّلُ ؛ یضْمَنُ بِالْجُحُودِ وإنْ لم یحوَّلْها»^(٣) .

وقال في أوَّلِ کتابِ «الودِیعة» مِنْ «الأجناسِ» : «الأمانةُ تَنْقَلِبُ مَضْمُونَةً بالموتِ إذا لم یُبَيَّنْ إلا في ثلاثِ مسائل :

(١) في «غ» : «بالاستیفاء» .

(٢) ينظر : «الأجناس» للناطفي [٤٨٧/١] .

(٣) ينظر : «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣٥٩/ق] .

❦ غاية البيان ❦

إحداها: مُتَوَلَّى الأَوْقَافِ إذا مات ولا يُعْرَفُ حَالُ غَلَّتِهَا التي أَخَذَهَا، ولم يُبَيِّنْ لا ضَمَانَ عليه، ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ «الْوَقْفِ» لَهْلَالِ البَصْرِيِّ رحمته الله.

والثانية: السلطانُ إذا خَرَجَ إِلَى الغَزْوِ وَغَنِمُوا، فَأَوْدَعَ بَعْضَ الْوَدِيعَةِ بَعْضَ الْغَانِمِينَ وَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ عِنْدَ مَنْ أَوْدَعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. ذَكَرَهُ فِي «السَّيْرِ الْكَبِيرِ».

والثالثة: أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ ^(١) فِي يَدِهِ مَالُ الشَّرِكَةِ، وَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ «السَّيْرِ» الْأَصْلِ ^(٢).

وذكر في «الواقعات» في بابِ الْوَدِيعَةِ بِعَلَامَةِ النُّونِ: «المُودَعُ إذا قال: دَفَنْتُ الْوَدِيعَةَ فِي مَكَانٍ كَذَا وَنَسِيتُ مَوْضِعَهَا، فَهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا إِنْ قَالَ: دَفَنْتُهَا فِي دَارِي، أَوْ فِي كَرْمِي ^(٣)، أَوْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ؛ فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي: لَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ لِلدَّارِ وَالْكَرْمِ بَابٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّالِثِ: يَضْمَنُ لِأَنَّهُ تَضْيِيعٌ». وَذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ أَيْضًا: «إِذَا قَالَ الْمُودَعُ: سَقَطَ مِنِّي الْوَدِيعَةُ فَضَاعَتْ؛ لَا يَضْمَنُ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ هَذَا تَضْيِيعٌ».

وَنَقَلَ فِي «الْأَجْنَاسِ» عَنْ «نَوَادِرِ ابْنِ رَسْتَمٍ»: «إِذَا ادَّعَى الْمُسْتَوْدَعُ ضِيَاعَ الْوَدِيعَةِ مِنْذُ عَشْرَةِ أَيَّامٍ، فَقَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ: أَنَا أَقِيمُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَتْ فِي يَدِهِ مِنْذُ يَوْمَيْنِ، فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ: وَجَدْتُهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَضَاعَتْ؛ صُدِّقَ [٤٨/٢]، فَإِنْ قَالَ حِينَ خُوصِمَ: لَيْسَ لِي عِنْدِي وَدِيعَةٌ، ثُمَّ قَالَ: وَجَدْتُهَا فَضَاعَتْ؛ ضَمِنَ» ^(٤).

(١) فِي وَاجٍ: «الْمُتَعَاوِضِينَ».

(٢) يَنْظُرُ: «الْأَجْنَاسُ» لِلنَّاطِفِيِّ [٤٨١/١ - ٤٨٢]، وَلَفْظُهُ: «ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ شَرَكَةِ الْأَصْلِ».

(٣) الْكَرْمُ: شَجِيرَةٌ مِنْ فَصِيلَةِ الْكَرْمِيَّاتِ، تُزْرَعُ مِنْذُ الْقِدَمِ، تُعْطَى عَنَاقِيدَ الْعَنْبِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

(٤) يَنْظُرُ: «الْأَجْنَاسُ» لِلنَّاطِفِيِّ [٤٨٠/١ - ٤٨١].

وَالْجُحُودُ فَسُخٌ مِنْ جِهَةِ الْمُودِعِ كَجُحُودِ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةِ، وَجُحُودِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ الْبَيْعِ فَتَمَّ الرَّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ الْمُودِعَ يَتَفَرَّدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُسْتَوْدِعِ كَالْوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ فَلَمْ يُوَجَدْ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ،

غاية البيان

وكتبنا هذه المسائل تكثيراً للفوائد.

قوله: (كَجُحُودِ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةِ)، يعني: بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُوَكَّلِ، وذلك [٢٤٣/٦م] لأنه ترك الالتزام، فكان فسخاً.

ونقل في «الأجناس» عن «نوادير ابن سماعه» عن محمد عليه السلام: «إِذَا وَكَّلَ ثُمَّ قَالَ: لَمْ أُوكَلْهُ؛ لَمْ يَكُنْ رَجوعاً وَعَزْلاً عَنِ الْوَكَالَةِ»^(١).

وفي غَضَبِ «الأجناس» نقل عن وصايا «الأصل»^(٢): «إِذَا أَوْصَى ثُمَّ أَنْكَرَ الْوَصِيَّةَ فَقَالَ: لَمْ أُوصِ؛ فَهُوَ رَجوعٌ»، وقال في «الجامع الكبير»: «لَا يَكُونُ رَجوعاً»^(٣). وفي «نوادير ابن شجاع»^(٤): «عَنْ مُحَمَّدٍ عليه السلام: «إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ ثُمَّ قَالَ: لَمْ أُوصِ لَهُ لَمْ يَكُنْ رَجوعاً. وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُوا أَنِّي لَا أُوصِي لَهُ؛ فَهُوَ رَجوعٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَ وَكِيلاً بِبَيْعِ عَبْدٍ لَهُ ثُمَّ قَالَ: أَشْهَدُوا أَنِّي لَمْ أُوكَلْهُ؛ فَهُوَ كَذِبٌ، وَهُوَ وَكِيْلٌ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُوا أَنِّي لَا أُوكَلْهُ بِبَيْعِ الْعَبْدِ؛ فَهُوَ عَزْلٌ، وَلَوْ شَهِدُوا عَلَيْهِ بِالْكَفْرِ فَجَحَدَ، وَقَالَ: مَا تَلَفَّظْتُ بِهِ؛ يَكُونُ ذَلِكَ تَوْبَةً وَرَجوعاً مِنْهُ»^(٥).

قوله: (فَتَمَّ الرَّفْعُ)، أي: رَفَعُ عَقْدِ الْوَدِيعَةِ، وَهُوَ فَسْخُهُ.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٨١/١].

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٣٦/٥ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٩٥].

(٤) في «الأجناس» قال: وفي نوادر ابن سماعه.

(٥) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٨١/١].

بِخِلَافِ الْخِلَافِ ثُمَّ الْعَوْدُ إِلَى الْوِفَاقِ .

وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا ؛ لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِرُفْرٍ ؛
لِأَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ ، وَلِأَنَّهُ لَا
يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَخْضَرٍ مِنْهُ أَوْ طَلَبِهِ قَبْلِي الْأَمْرَ بِخِلَافٍ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ .
قَالَ : وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ [١٠٤/١] ﷺ

غاية البيان

قوله: (بِخِلَافِ الْخِلَافِ) ، أي: فِعْلًا .

قوله: (وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا ؛ لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا
لِرُفْرٍ ﷺ) . هكذا ذكر الخلاف في «شرح الطحاوي» بين أبي يوسف وزفر ، وذكر
في «المختلف» وقال: «عندنا لا يَضْمَنُ»^(١) .

ونَقَلَ في «الأجناس» عن «اختلاف زفر»: «عند أصحابنا لا ضَمان عليه ،
وقال زفر: يَضْمَنُ»^(٢) .

قوله: (أَوْ طَلَبِهِ) ، أي: بغير طلبه .

قوله: (بِخِلَافٍ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ) ، أي: كان الجحود بحضرة صاحب
الوديعه .

قوله: (قَالَ : وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) ، أي:
قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(٣) ، ولم يذكُر القُدُورِيُّ فيه الخلاف .

وقال في «شرح الأقطع»: «هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ﷺ إلا في موضع

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٤٦/٣] .

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٧٩/١] .

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١] .

غاية البيان

واحد، وهو أن يَكُونَ طعامًا كثيرًا، فإنه يَضْمَنُ استحسانًا إذا سافر به لا قياسًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز أن يسافر بماله حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ ^(١).

وقال الإمام الأَسْبِجَابِيُّ رحمهما الله: «ولو أن المودَع سافر بمال الودِعة: إن كان الطريق مَخُوفًا ضَمِنَ، وإن كان غير مَخُوفٍ لم يَضْمَنَ إلا إذا نَهاه صاحبُ المال عن السفر به، فحينئذٍ يَضْمَنُ، وَرَوِيَ عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنهما قالا: إذا كانت الودِعة لها حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ، فسافر بها ضَمِنَ» ^(٢).

وقال الإمام علاء الدين العالم رحمهما الله في «طريقة الخلاف»: «إذا كان لها حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ؛ فعند أبي حنيفة: لا يَضْمَنُ، سواء كان السفر قريبًا أو بعيدًا، وقال محمد: يَضْمَنُ، سواء كان قريبًا أو بعيدًا، وقال أبو يوسف رحمهما الله: إن كان بعيدًا يَضْمَنُ، وإلا فلا» ^(٣).

ثم قال: «وأجمَعُوا على أن الطريق إذا كان مَخُوفًا يَضْمَنُ كيف ما كان».

ثم قال: «وأجمَعُوا على أنه لو سافر بالودِعة في البحر يَضْمَنُ» ^(٤).

وقال فخر الدين قاضي خان رحمهما الله في «شرح الجامع الصغير»: «وأجمَعُوا على أن الأب أو الوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يَضْمَنُ، والوكيل بالبيع [٢٤٤/٦ م] إذا سافر بما وَكَّلَ ببيعِهِ، قالوا: إن [قَيَّدَ] ^(٥) بمكانٍ بأن قال: بَعُهُ بالكوفة، فسافر به يَضْمَنُ، وإن أطلق إطلاقًا، فسافر به لا يَضْمَنُ إذا سُرِقَ أو ضاع فيما لا حَمْلَ له،

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٤١٥/ق].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيُّ [٣١٨/ق].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [٢٧٤/ص].

(٤) المصدر السابق.

(٥) ما بين المعقوفتين: في «م»: «قَيَّدَ».

غاية البيان

وَيُضْمَنُ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ. ونقله عن كتاب «الصَّرف» لشمس الأئمة السرخسيّ.
ثم قال فخر الدين قاضي خان رحمته الله: «هذا إذا كان الطريق آمناً، فإن كان مخوفاً
وللمودع بُدٌّ من السفر؛ ضَمِنَ بالاتِّفاق، وكذا الأب [٤٤٩/٢] والوصيّ، وإن كان
مخوفاً ولا بُدَّ من السفر: إن سافر بأهله لا يَضْمَنُ، وإن سافر بنفسه ضَمِنَ؛ لأنه لا
يُمْكِنُهُ أَنْ يَتْرُكَهَا فِي أَهْلِهِ، وكذلك الأب والوصيّ».

وجه قولهما: أن المالك تَلَحُّقُهُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ، والظاهر أنه لا يَرْضَى بها، فَيَتَقَيَّدُ
بمكان الوديعه، وهذا لأن المودع يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، فَيَلْزَمُ المالكُ
الرَّدِّ، والظاهر أنه لا يَرْضَى بما يَلْحَقُهُ مِنْ مُؤَنَّةِ الرَّدِّ.

ثم أبو يوسف رحمته الله جعل الخروج القصير عفوًّا؛ لأنه قليل قياساً على الغبن
اليسير في التجارات، وأنه عفوٌّ بالإجماع، وقال محمد رحمته الله: لا ضرورة في الخروج
بما له حملٌ ومؤنة، فلا يُجْعَلُ عفوًّا كيف ما كان؛ لعدم الضرورة.

ولأبي حنيفة رحمته الله: أن الأمر بحفظ الوديعه مُطْلَقٌ؛ لأن صاحبها لم يَخْصُصْ
مكاناً دون مكان، فكان للمودع أن يَحْفَظَهَا حَيْثُ شَاءَ؛ عملاً بالإطلاق، كما يَحْفَظُ
ماله؛ لأن الإنسان يَحْفَظُ مَالَهُ حَيْثُ هُوَ، فكذا يَلْزَمُهُ حِفْظُ الوديعه حَيْثُ هُوَ، وَحِفْظُ
المال في السفر معهودٌ مُطْلَقٌ فِي الشَّرِيعَةِ، ولهذا إذا فَعَلَ الأبُّ أَوْ الوَصِيُّ ذَلِكَ لَا
يُضْمَنُ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمَنًا.

ولأن المودع ربما يَحْتَاجُ إِلَى السَّفَرِ لِمَصَالِحِهِ، فَبَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَتْرُكَ السَّفَرَ
لِحِفْظِ الوديعه، فلا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ؛ لأنه لم يَلْزَمْهُ^(١) أَوْ يُودِعِ الوديعه عِنْدَ غَيْرِهِ، فليس
له ذَلِكَ؛ لأنه يَضْمَنُهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ مَكَانًا لِحِفْظِهَا، فلا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ أَيْضًا؛ لأنه ضَمَانٌ

(١) وقع بالأصل: «لم يلزمه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

خاتمة البيان

لا يلزمه ذلك ، فلم يبق وجه إلا أن يسافر بالوديعه .

فإن قلت: الغالب في المفازة الهلاك ، يدل عليه قوله ﷺ: «المُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلْتٍ»^(١) إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ»^(٢) .

قلت: لا نُسَلِّمُ إذا كان الطريق آمناً ، وكلامنا فيما إذا كان آمناً ، والحديث ورد في ابتداء الإسلام ، حيث كانت الطرق مخوفة بسبب غلبة الكفار ، ولا كلام لنا فيه .
فإن قلت: إن الحفظ المأمور به هو الحفظ من كل وجه ، وهو الحفظ في المصير ، فإذا سافر ترك ذلك ، فيلزمه الضمان .

قلت: لا نُسَلِّمُ أنه ترك الحفظ من كل وجه ، بل أتى به من كل وجه ؛ لأنه ما فات شيء من أسباب الحفظ ؛ لأنها بحماية السلطان والأمن ، وكل ذلك حاصل ، فلا ضمان إذن بخلاف البحر ، فإن الهلاك [١/٤٤٤/٢٤٤ م] فيه [غالب بالرياح والأمواج وغير ذلك ، ولئن لم يكن الهلاك]^(٣) غالباً فالنجاة ليست بغالبة ، بل كل واحد منهما محتمل على السواء ، فلا يحكم بالنجاة بالاحتمال ، فيضمن .

فإن قلت: الحفظ في السفر لم يدخل تحت الإطلاق ؛ لأنه ليس بمتعارف ؛

(١) أي: على هلاك . كذا جاء في حاشية: «ج» ، و«م» ، و«س» .

(٢) أخرجه: أبو طاهر السلفي في «أخبار أبي العلاء المعري» كما في: «البدور المنيرة» لابن الملقن [٣٠٦/٧] ، ومن طريقه ابن العديم في «الإنصاف والتحري في دفع الظلم والتجري عن أبي العلاء المعري» [٧٩/٤] مطبوع ضمن «إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء» ، عن أبي هريرة ﷺ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَوْ عَلِمَ النَّاسُ رَحْمَةَ اللَّهِ بِالْمُسَافِرِ؛ لَأَصْبَحَ النَّاسُ وَهُمْ عَلَى سَفَرٍ، إِنَّ الْمُسَافِرَ وَرَحْلَهُ عَلَى قَلْتٍ، إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ» .

قال السخاوي: «[أحاديث] كلها ضعيفة» . ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٢٠٨٨/٥] .
و«المقاصد الحسنة» للسخاوي [٥٤٩/ص] .

(٣) ما بين المعقوفتين: سقط من «م» .

هـاية البيان

لأن العُرف هو الحفظ في الأمصار.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الحفظَ فِي المَصْرِ هو المتعارفُ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَهْلَ البَوَادِي يَحْفَظُونَ أَمْوَالَهُمْ ثَمَّةً، وَلَا يَنْقُلُونَهَا إِلَى المَصْرِ، كَمَا يَحْفَظُ أَهْلُ المَصْرِ فِيهِ.

أَوْ نَقُولُ: العُرفُ مُشْتَرِكٌ فَلَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا لِلإِطْلَاقِ بِالاحْتِمَالِ.

أَوْ نَقُولُ: الحفظُ فِي المَصْرِ إِنَّمَا يُرَادُ بِهِ لُكُونُهُ حَفْظًا، لَا لُكُونُهُ فِي المَصْرِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ تَحَقَّقَ فِيهِ الحفظُ دَخَلَ تَحْتَ الإِطْلَاقِ.

فَإِنْ قُلْتُ: يَرِدُ عَلَيْكُم هُنَا مَسْأَلَتَانِ: إِحْدَاهُمَا:

إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِالبَيْعِ، فَسَافَرَ بِالمَالِ يَضْمَنُ، وَالأَمْرُ بِالبَيْعِ تَقْيِيدٌ بِمَكَانِ البَيْعِ عَادَةً وَهُوَ المَصْرُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَظَ مَالَهُ بِدَرَاهِمٍ شَهْرًا، فَسَافَرَ بِذَلِكَ المَالِ؛ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، وَالأَمْرُ بِالحفظِ ثَبَتَ مُطْلَقًا، وَمَعَ هَذَا تَقْيِيدٌ بِمَكَانِ الحفظِ عَادَةً وَهُوَ المَصْرُ.

قُلْتُ: قَالُوا [فِي] ^(١) مَسْأَلَةِ التَّوَكُّلِ قِيَاسٌ وَاسْتِحْسَانٌ:

فَعَلَى وَجْهِ القِيَاسِ: يُمْنَعُ عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ.

وَعَلَى وَجْهِ الاستِحْسَانِ نَقُولُ: إِنَّهُ مَأْمُورٌ بِالبَيْعِ، وَلَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِالحفظِ مَقْصُودًا، وَإِنَّمَا ثَبَتَ كَوْنُهُ مَأْمُورًا بِالحفظِ ضَرُورَةً، وَلِهَذَا مَلَكَ البَيْعَ مُطْلَقًا، حَتَّى لَوْ [٤٩/٢] بَاعَ بِمَصْرِ آخَرَ جَازًا، وَلَكِنْ لَمَّا ثَبَتَ الحفظُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَرْتَفِعُ بِمَكَانِ الحفظِ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ عَادَةً وَهُوَ المَصْرُ، فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى غَيْرِهِ.

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله إِطْلَاقُ الْأَمْرِ، وَالْمَفَازَةُ مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ فَيَتَّقِي، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالْحِفْظِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الْحِفْظُ فِي الْأَمْصَارِ، وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاطِ بِأَجْرٍ.

غاية البيان

ولأن الثابت بالضرورة لا يصح فيه التعميم، فلا يُراد غير المضر لإرادة المضر بالإجماع؛ لئلا يلزم التعميم.

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْإِجَارَةِ: فَإِنَّهَا تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ بِعَوَضٍ، فَكَانَتِ الْمَنْفَعَةُ تَسْلِيمُهَا مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ، فَتَعَيَّنَ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيمِ؛ لِأَن مَكَانَ الْعَقْدِ يَتَعَيَّنُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ، فَإِذَا سَافَرَ ضَمِنَ؛ لِلْخِلَافِ.

وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ: فَلَمْ يَتَعَيَّنْ مَكَانُ الْعَقْدِ لِحِفْظِ الْوَدِيعَةِ؛ لِأَن الْمُوَدَّعَ لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ فِيهِ، فَلَمْ يَضْمَنْ بِالسَّفَرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: نَقُلُ الْوَدِيعَةَ مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى قَرْيَةٍ: إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ تُسَمَّى سَفَرًا ضَمِنَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ نَقَلَ مِنْ قَرْيَةٍ آهَلَةً - أَيْ: مَعْمُورَةً - إِلَى قَرْيَةٍ غَيْرِ آهَلَةٍ ضَمِنَ؛ لِأَن الْقَرْيَةَ الْآهَلَةَ أَحْرَزُ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ نَقْصَانُ الْجِرْزِ فِي الْقَرْيَةِ الْآهَلَةِ. إِلَى هُنَا لَفْظُ «وَجِيزُهُمْ»^(١).

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ).

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٣٠٠/٧].

قُلْنَا: مُؤَنَةُ الرَّدِّ تَلْزُمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةُ امْتِنَالِ أَمْرِهِ، فَلَا يُبَالِي بِهِ وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي الْمَصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي الْمَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، بِخِلَافِ الْإِسْتِحْقَاقِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ.

وَإِذَا نَهَاهُ الْمُودَعُ أَنْ يَخْرُجَ بِالْوَدِيعَةِ، فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ؛

غاية البيان

الْحَمْلُ: بِالْفَتْحِ مَصْدَرٌ: حَمَلَ الشَّيْءَ؛ وَمِنْهُ: مَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ. يَعْنُونَ: مَا لَهُ ثِقْلٌ يَحْتَاجُ فِي حَمْلِهِ إِلَى ظَهَرٍ، أَوْ أَجْرَةَ حَمَالٍ. كَذَا فِي «الْمَغْرِبِ»^(١).

قَوْلُهُ: (مُؤَنَةُ الرَّدِّ تَلْزُمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةُ امْتِنَالِ أَمْرِهِ، فَلَا يُبَالِي بِهِ)، جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا [٦/٢٤٥/م]: إِنَّهُ يَلْزُمُهُ مُؤَنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ.

يَعْنِي: سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَوْؤُونَةَ تَلْحَقُ الْمَالِكَ إِذَا مَاتَ الْمُودَعُ فِي السَّفَرِ، لَكِنْ إِنَّمَا لَحِقَتْهُ مُؤَنَةُ الرَّدِّ لَا مُؤَنَةُ السَّفَرِ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ مِلْكُهُ، وَقَدْ بَعُدَتْ عَنْهُ لَضَرُورَةِ كَوْنِ الْوَدِيعَةِ مَحْفُوظًا فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ، بِامْتِنَالِ الْمُودَعِ أَمْرَ الْمَالِكِ مُطْلَقًا، لَا لِمَعْنَى مِنْ قَبْلِ الْمُودَعِ، فَلَا يُبَالِي بِلَحَاقِ الْمَوْؤُونَةِ ضَرُورَةً وَضِمْنًا.

قَوْلُهُ: (فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ).

لَا يُقَالُ: مَوْضِعُ الْعَقْدِ فِي السَّلَامِ لَا يَتَعَيَّنُ لِلْإِيفَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، حَتَّى جَعَلَ بَيَانَ مَوْضِعِ الْإِيفَاءِ مِنْ شَرَايِطِ السَّلَامِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: التَّسْلِيمُ ثَمَّةٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ ثَمَّةٌ فِي الْحَالِ، فَلِهَذَا وَجَبَ تَعْيِينُ الْمَكَانِ حَتَّى لَا يُقْضَى إِلَى الْجِهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْمَنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ لِلْحَالِ، فَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيمِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا نَهَاهُ الْمُودَعُ أَنْ يَخْرُجَ بِالْوَدِيعَةِ، فَخَرَجَ بِهَا؛ ضَمِنَ).

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [٢٢٥/١].

إِذِ الْحِفْظُ فِي الْمِضْرِ أُبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

قَالَ: وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيبَهُ؛ لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الْآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ.

هَاجَةُ الْبَيَانِ

قال محمد في أصل «الجامع الصغير»: «فإن نهاه المودع أن يخرج به، فخرج [به]»^(١) فهل لك؟ فهو ضامن»^(٢).

وذلك لأنه إنما لم يضمن بالسفر قبل النهي؛ لأنه لم يخص مكاناً دون مكان، فكان له أن يسافر؛ عملاً بتعميم الأمر، فإذا نهاه عن السفر والخروج عن مكان الوديعه؛ فقد خص مكان الوديعه بحفظها فيه، فإذا خرج فقد خالف؛ لأنه ترك امتثال الأمر، فيضمن إذا هلك، والتقيد بالمضر مفيد فيعتبر؛ لأن المضر أحرز، فيتقيد الحفظ بالمضر.

قوله: (قَالَ: وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيبَهُ؛ لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الْآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام)، وَقَالَا: يُدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(٣).

قال صاحب «الهداية» عليه السلام: (وَالْخِلَافُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي «الْمُخْتَصَرِ»)، أي: في «مختصر القُدُورِيِّ» عليه السلام^(٤).

وإنما قال: (وَهُوَ الْمُرَادُ)؛ لأن كلام القُدُورِيِّ بإطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم، فكان محتملاً للوجهين، فقال: المراد منه: ما يقسم؛ استدلالاً بوضع «الجامع الصغير»؛ لأن محمداً عليه السلام قال فيه: «ثلاثة نفر أودعوا رجلاً [٢/٤٥٠] ألف درهم،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

(٤) ينظر: المصدر السابق.

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا، فَغَابَ اثْنَانِ فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْمُخْتَصَرِ.

هَایة البیان

فغاب اثنان وجاء واحدٌ يُريدُ أن يأخذ نصيبه. قال: ليس له أن يأخذه، وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: له أن يأخذه^(١). إلى هنا لفظ «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وكذلك هذا الخلاف في كلِّ الأموال التي تَحْمِلُ الْقِسْمَةَ.

وكذلك وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي «مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» حَيْثُ قَالَ: «وَمَنْ اسْتَوْدَعَهُ ثَلَاثَةٌ نَفَرٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ أَوْ مَا سِوَاهَا مِمَّا يُقْسَمُ، ثُمَّ جَاءَ أَحَدُهُمْ يَطْلُبُ نَصِيبَهُ مِنْهَا، وَلَمْ يَحْضُرْ صَاحِبُهَا لَمْ يَكُنْ [٢٤٥/٦ ط/م] عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْهَا شَيْئًا، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وَبِهِ نَأْخُذُ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ رضي الله عنهما: عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ ثُلُثُهَا»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ».

قَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شَرْحِ مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «وَقَالَ صَاحِبُهَا: يَدْفَعُ نَصِيبَهُ إِلَيْهِ، وَلَا يَكُونُ هَذَا قِسْمَةً عَلَى الْغَائِبِ، حَتَّى إِنْ الْبَاقِي لَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْمُودَعِ؛ كَانَ لِلْغَائِبِ^(٣) أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضَ فِيمَا قَبِضَ، وَلَوْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ فِي يَدِ الْقَابِضِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْغَائِبَ فِيمَا بَقِيَ»^(٤).

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ الْبَغْدَادِيُّ رضي الله عنه: «وَهَذَا الْخِلَافُ الَّذِي ذَكَرَهُ إِنَّمَا هُوَ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ. قَالَ أَبُو يُونُسَ رضي الله عنه اسْتَحْسَانًا، قَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: قَوْلُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣١].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦٤].

(٣) وقع بالأصل: «للقابض». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبجابي [ق/٣١٨].

لَهُمَا أَنَّهُ طَالَبُهُ بِدَفْعِ نَصِيبِهِ ؛ فَيَوْمَرُ بِالْدَفْعِ إِلَيْهِ ، كَمَا فِي الدِّينِ الْمُشْتَرَكِ ، ؛
وَهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالَبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ ،
فَكَذَا يَوْمَرُ هُوَ بِالْدَفْعِ إِلَيْهِ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ طَالَبُهُ بِدَفْعِ نَصِيبِ الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّهُ
يُطَالَبُهُ بِالْمُفَرَزِ وَحَقِّهِ فِي الْمَشَاعِ ، وَالْمُفَرَزُ الْمُعَيَّنُ يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقِّينِ ، وَلَا
يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ وَلَايَةُ الْقِسْمَةِ ، وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً
بِالْإِجْمَاعِ ، بِخِلَافِ الدِّينِ الْمُشْتَرَكِ ؛ لِأَنَّهُ يُطَالَبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّ الدُّيُونَ
تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا .

﴿ غاية البيان ﴾

أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَقْبَسُ ، وَقَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ أَوْسَعُ . إِلَى هَذَا لَفْظُ أَبِي نَصْرِ فِي «شرح
الْقُدُورِيِّ» ، وَكَذَلِكَ قَيَّدَ الْخِلَافَ فِي «إشارات الأسرار» بِمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ ، وَلَكِنْ
ذَكَرَ مُحَمَّدٌ الْخِلَافَ فِي «الأصل» فِيمَا يُقْسَمُ وَفِيمَا لَا يُقْسَمُ .

قَالَ فِي «الأصل» : «قُلْتُ : أَرَأَيْتَ رَجُلَيْنِ اسْتَوَدَعَا دِرَاهِمَ ، أَوْ دَنَانِيرَ ، أَوْ
ثِيَابًا ، أَوْ دَوَابَّ أَوْ عِبِيدًا ، فَجَاءَ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ غَائِبٌ ، فَقَالَ لِلْمُسْتَوْدِعِ : ادْفَعْ إِلَيَّ
حِصَّتِي فَأَبَى ذَلِكَ ، فَتَقَدَّمَ إِلَى الْقَاضِي فَقَصَّ الْقِصَّةَ ؛ أَيَبْغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَأْمُرَ
الْمُسْتَوْدِعَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى صَاحِبِهِ حِصَّتَهُ بغير محضرٍ مِنَ الْآخَرِ ؟

قَالَ : لَا حَتَّى يَجْتَمَعَ هُوَ وَصَاحِبُهُ جَمِيعًا . قُلْتُ : لِمَ ؟ قَالَ : أَلَا تَرَى أَنَّ
الْمُسْتَوْدِعَ لَيْسَ بِوَكِيلٍ ، فَكَيْفَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَقْسِمَ الْمَالَ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ،
وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمته الله : يَقْسِمُ ذَلِكَ فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ حِصَّتَهُ ، وَلَا تَكُونُ قِسْمَتُهُ
جَائِزَةً عَلَى الْغَائِبِ» ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمته الله فِي «الأصل» .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مختصره» الْمُسَمَّى بِ«الكافي» : «وَإِذَا اسْتَوْدَعَ
الرَّجُلَانِ رَجُلًا وَدِيعَةً مِنْ دِرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ ثِيَابَ أَوْ دَوَابَّ أَوْ عِبِيدَ ، ثُمَّ حَضَرَ

(١) ينظر : «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٣٩/٨] / طبعة : وزارة الأوقاف القطرية .

قَوْلُهُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودِعَ عَلَى الدَّفْعِ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيْبَهُ مِنْهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَتَّى يَجْتَمِعَا ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ لَيْسَ بِوَكِيلٍ فِي الْقِسْمَةِ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمَحَمَّدٌ: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيْبَهُ ، وَلَا تَكُونُ قِسْمَتُهُ جَائِزَةً عَلَى الْغَائِبِ .

وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ: أَثْبَتَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ الْخِلَافَ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ، وَلَمْ يَقَيِّدْهُ بِمَا يُقْسَمُ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْبَيْهَقِيُّ رحمته الله فِي قِسْمِ «الْمَبْسُوطِ» مِنْ «شَامِلِهِ» وَفِي «كَفَايَتِهِ» .

وَأُورِدَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي»: حِكَايَةَ الْحَمَّامِيِّ ، وَهِيَ: «أَنَّ رَجُلَيْنِ دَخَلَا حَمَّامًا ، وَدَفَعَا إِلَى الْحَمَّامِيِّ كَيْسًا مِنَ الدَّرَاهِمِ ، فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، وَأَخَذَ الْكَيْسَ مِنَ الْحَمَّامِيِّ وَذَهَبَ بِهِ ، فَخَرَجَ الْآخَرُ وَطَلَبَ مِنْهُ الْكَيْسَ ، فَقَالَ: أَخَذَهُ [٢٤٦/٦ م] صَاحِبُكَ ، فَتَعَلَّقَ بِهِ وَطَالَبَهُ ، وَقَالَ: إِنَّا دَفَعْنَاهُ إِلَيْكَ ، وَقَدْ ضَيَعْتَ حَقِّي بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ وَخَذَهُ ، فَجَاءَ الْحَمَّامِيُّ إِلَى أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله مُسْتَعِيْثًا بِهِ ، وَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، فَقَالَ لَهُ أَبُو حَنِيفَةَ: قُلْ لَهُ: لَا أَدْفَعُهُ إِلَيْكَ وَخَذَكَ ؛ لِأَنَّكُمَا دَفَعْتُمَا إِلَيَّ ، وَلَكِنْ أَتَيْتَ بِصَاحِبِكَ حَتَّى أَدْفَعَهُ إِلَيْكُمَا» . فَتَخَلَّصَ عَنْ دَعْوَاهُ بِهَذِهِ الْحِيلَةِ .

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ [٤٥٠/٢ ظ] الْحَاضِرُ طَلَبَ نَصِيْبَهُ فَصَحَّ ، فَيُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِ ، كَمَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ؛ جَازَ لِلْمَدْيُونِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نَصِيْبَهُ فَكَذَا هَذَا ، وَلِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ كَيْدُ الْمُودِعِ ، فَلَوْ كَانَ الْمَالُ فِي أَيْدِي الشَّرِيكَيْنِ ؛ كَانَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيْبَهُ بِغَيْرِ رِضَا الْآخَرِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيْبَهُ مِنَ الْمُودِعِ .

وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ فِي الشَّائِعِ ، وَالْمُودِعُ لَا يَمْلِكُ تَسْلِيمَ

كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ عِنْدَ إِنْسَانٍ ، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ ، فَلِغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفَرَ بِهِ ، وَلَيْسَ [١٠٤/ظ] لِلْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ .

غاية البيان

النصف مميّزاً مقسوماً ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ نَصِيبِ الْغَائِبِ أَيْضاً ، وَلَا يَمْلِكُ الْمُودِعُ إِفْرَازَ نَصِيبِ الْحَاضِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ عَنِ الْغَائِبِ ، فَلَوْ صَحَّ الْإِفْرَازُ لَزِمَ الْقِسْمَةُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَالْمُودِعُ لَا يَمْلِكُ الْقِسْمَةَ عَلَى الْغَائِبِ بِالِاتِّفَاقِ ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي « الْأَصْلِ » ، وَ« مَخْتَصَرِ الْكَافِي » ، وَ« مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ » ، وَ« شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ »^(١) .

وَهَذَا بِخِلَافِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمَدْيُونَ يُسَلِّمُ مَالَ نَفْسِهِ لَا مَالَ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ تَقْضَى بِأَمْثَالِهَا ، وَالْمُودِعُ يُسَلِّمُ مَالَ الْغَيْرِ ، وَنَظِيرُهُ : رَجُلٌ لَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ إِنْسَانٍ أَوْ دَيْنٍ ، فَجَاءَ رَجُلٌ وَقَالَ : إِنَّهُ وَكَّلَنِي بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ مِنْكَ ، فَصَدَّقَهُ وَأَبَى أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَيْهِ لَمْ يُجْبِرْهُ الْقَاضِي بِالتَّسْلِيمِ فِي الْوَدِيعَةِ ، وَيُجْبِرُهُ فِي الدَّيْنِ ؛ لِمَا قُلْنَا مِنَ الْفَرْقِ .
وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا : أَنَّ الْمَالَ لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ .

نَقُولُ : لَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مِنَ الْمُودِعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْغَرِيمَ إِذَا أَخَذَ مِنْ مَالِ غَرِيمِهِ جَنَسَ حَقِّهِ جَازاً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الرَّدِّ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ حَقَّهُ مِنْ مُودِعِ الْغَرِيمِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : (كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ عِنْدَ إِنْسَانٍ ، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ ؛ فَلِغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفَرَ بِهِ ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ) .

قَوْلُهُ : (وَعَلَيْهِ أَلْفٌ) ، أَي : عَلَى الْمُودِعِ .

قَوْلُهُ : (فَلِغَرِيمِهِ) ، أَي : لِغَرِيمِ الْمُودِعِ .

قَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله فِي « شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » : « وَإِنْ كَانَتِ الْوَدِيعَةُ عَرْضاً ؛ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً » .

(١) ينظر : « شرح مختصر الطحاوي » للأسينجابي [ق/٣١٨] .

قَالَ: وَإِنْ أُوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقَسَّمُ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ، وَلَكِنَّهُمَا يَقْسِمَانِهِ، لِيَحْفَظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقَسَّمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي الْمُرْتَهَنَيْنِ وَالْوَكِيلَيْنِ بِالشَّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ. وَقَالَا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الْآخَرِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ أُوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقَسَّمُ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ، وَلَكِنَّهُمَا يَقْسِمَانِهِ، لِيَحْفَظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقَسَّمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، فَلَأَجَلَ هَذَا قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

قَالَ [١/٢٤٦ ظ/م] الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا أُوْدَعَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ مَالًا، قَالَ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ - يَعْنِي: يَقْسِمَانِهِ - قَالَ: فَإِنْ دَفَعَ أَحَدُهُمَا الْمَالَ كُلَّهُ إِلَى صَاحِبِهِ فَتَوَيَّ الْمَالَ، قَالَ: يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الَّذِي دَفَعَ النِّصْفَ، وَلَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا شَيْئًا.

قَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ أَبَا حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ ذَلِكَ فِيمَا تُسْتَطَاعُ قِسْمَتُهُ، فَأَمَّا مَا لَا تُسْتَطَاعُ قِسْمَتُهُ؛ نَحْوُ الْمَمْلُوكِ وَالثَّوْبِ، فَإِذَا دَفَعَ أَحَدُ الْمُسْتَوْدَعَيْنِ ذَلِكَ إِلَى صَاحِبِهِ لَمْ يَضْمَنْ.

وَكَذَلِكَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا رَهَنَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ شَيْئًا، فَدَفَعَ أَحَدُ الْمُرْتَهَنَيْنِ إِلَى صَاحِبِهِ، أَوْ وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ بِشَرَاءِ شَيْءٍ، فَدَفَعَ إِلَيْهِمَا مَالًا، فَدَفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ فِضَاعٍ؛ ضَمِنَ النِّصْفَ، وَمَا كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى قِسْمَتِهِ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا مِمَّا دَفَعَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى الْآخَرِ وَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيْمَا لَا يُقَسَّمُ .

وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ مَتَى أَضِيفَ إِلَى مَا يَقْبَلُ الْوَصْفَ بِالتَّجْزِئِ تَنَاوَلَ الْبَعْضَ دُونَ الْكُلِّ فَوَقَعَ التَّسْلِيمُ إِلَى الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ ، فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ وَلَا يَضْمَنُ الْقَابِضُ ؛ لِأَنَّ مُودِعَ الْمُودِعِ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أودَعَهُمَا وَلَا يُمَكِّنُهُمَا الْاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، وَأُمَكِّنُهُمَا الْمَهَيَّاءُ كَانَ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الْكُلِّ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ .

﴿ غاية البيان ﴾

فَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ فَهُوَ سَوَاءٌ ، لَا يَضْمَنُ شَيْئًا [مِمَّا دَفَعَ] ^(١) مِمَّا يُسْتَطَاعُ قِسْمَتُهُ ، أَوْ لَا يُسْتَطَاعُ قِسْمَتُهُ . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» .

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا : أَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا ، حَيْثُ أودَعَهُمَا مَالًا ، فَكَانَ دَفْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ دَفْعًا إِلَى أَمِينِ الْمَالِكِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَيْهِ ، فَلَا يَضْمَنُ الدَّافِعُ ، أَضْلُهُ : مَا لَا يُقَسَّمُ .

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ : أَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا جَمِيعًا ، لَا بِحِفْظِ [٥١/٢و] كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ ، بِدَلَالَةِ أَنَّهُ أودَعَهُمَا جَمِيعًا الْوَدِيعَةَ ، فَلَوْ رَضِيَ بِحِفْظِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَمْرِهِمَا بِالْقِسْمَةِ ثُمَّ الْحِفْظِ ، أَوْ قَسَمَ ثُمَّ أودَعَ النِّصْفَ عِنْدَ هَذَا ، وَالنِّصْفَ عِنْدَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، وَحَيْثُ لَمْ يَفْعَلْ كَذَلِكَ ؛ عَلِمَ : أَنَّهُ مَا رَضِيَ إِلَّا بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا ، وَحِفْظِهِمَا مَعًا .

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «لن» ، «لم» ، «لج» ، «لغ» ، «لس» .

وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودِعِ: لَا تُسَلِّمُهُ إِلَى زَوْجَتِكَ، فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ.

﴿ غاية البيان ﴾

فَإِذَا أُمِّكَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْحِفْظَ عَلَى الْوَجْهِ الْمَأْمُورِ بِهِ، وَهُوَ حِفْظُهُمَا مَعًا، وَلَمْ يَحْفَظْ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ؛ صَارَ ضَامِنًا، كَالْمُودِعِ الْوَاحِدِ إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَا يَضْمَنْ الْقَابِضُ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ مُودِعَ الْمُودِعِ لَا يَضْمَنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ، حَيْثُ لَا يَضْمَنْ الدَّافِعُ؛ لَوْجُودِ الْإِذْنِ بِالْدَفْعِ دَلَالَةً؛ لِأَنَّهُ الْوَدِيعَةُ لَمَّا كَانَتْ مِمَّا لَا يُسْتَطَاعُ قِسْمَتُهُ، وَيَتَعَذَّرُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حِفْظِهَا دَائِمًا؛ كَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى أَنَّ صَاحِبَهَا رَضِيَ بِحِفْظِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ عَلَى سَبِيلِ الْمُهَيَّيَّةِ، فَلَمْ يَضْمَنْ أَحَدُهُمَا بِالْدَفْعِ إِلَى صَاحِبِهِ.

وَقَالَ فِي قِسْمِ «الْمَبْسُوطِ» مِنْ «الشَّامِلِ»: «لَوْ أَوْدَعَ رَجُلَيْنِ عَبْدًا، فَتَهَيَّأَ عَلَى أَنْ يَكُونَ عِنْدَ أَحَدِهِمَا شَهْرًا، وَعِنْدَ الْآخَرِ شَهْرًا، لَمْ يَضْمَنْمَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْحِفْظَ مَعًا، فَجَازَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ».

قَوْلُهُ: (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودِعِ: لَا تُسَلِّمُهُ إِلَى زَوْجَتِكَ، فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» الْمُسَمَّى بِ«الْكَافِي»: «وَإِنْ قَالَ: لَا تَدْفَعُهَا إِلَى امْرَأَتِكَ أَوْ عَبْدِكَ أَوْ وَلَدِكَ أَوْ أَجِيرِكَ؛ فَإِنِّي أَتَّهِمُهُمْ عَلَيْهَا، فَدَفَعَهَا إِلَى الَّذِي نَهَاةً عَنْهُ فَهَلَكَتْ، فَإِنْ كَانَ [١/٢٤٧/٦م] الْمُسْتَوْدِعُ لَمْ يَجِدْ بُدًّا مِنْ دَفْعِهَا إِلَيْهِ؛ لَمْ يَضْمَنْهَا، وَإِنْ كَانَ يَجِدُ مِنْ أَهْلِهِ وَخَدَمِهِ^(٢) مَنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ، وَيَضَعُهَا عِنْدَهُ غَيْرَ هَذَا، فَأَعْطَاهُ وَهُوَ يَجِدُ غَيْرَهُ؛ ضَمَّنَهُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي». وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بَعْذَرٍ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي: خَالَفَ بِغَيْرِ عُدْرٍ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣١].

(٢) وقع بالأصل: «وخدمته». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَفِي: «الْجَامِع الصَّغِير»: وَإِذَا نَهَا أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الْوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَا عَنْ الدَّفْعِ إِلَى غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ عَلَى يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَا عَنْ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَهُوَ مَحْمَلُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْعَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا قِيلَغُو.

غَايَةُ الْبَيَانِ

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «فَإِنْ نَهَا عَنْ الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ، فَدَفَعَ بَعْدَ النِّهْيِ: إِنْ دَفَعَهُ إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ؛ لَا يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي الْأَمَانَةِ، فَإِذَا كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أُمِكَ الْعَمَلُ بِهِ، فَيَكُونُ الشَّرْطُ مُفِيدًا.

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ بُدٌّ، بَأَنْ كَانَتِ الْوَدِيعَةُ دَابَّةً، فَقَالَ: لَا تَدْفَعُهَا إِلَى غُلَامِكَ، أَوْ كَانَتْ شَيْئًا يَحْتَاجُ فِي حِفْظِهَا إِلَى امْرَأَتِهِ، فَقَالَ: لَا تَدْفَعُهَا إِلَى امْرَأَتِكَ، فَدَفَعَ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يُسْتَطَاعُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ، فَلَا يُفِيدُ هَذَا الشَّرْطُ».

وَالْمَرَادُ مِنَ الْأَجْبَرِ: مَرَّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَدِيعَةِ.

قَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ إِسْحَاقُ الْوَلَوَالِجِيُّ رحمته الله فِي «فَتَاوَاهُ»: «رَجُلٌ غَابَ عَنْ مَنْزِلِهِ وَخَلَّفَ امْرَأَتَهُ، وَكَانَ فِي مَنْزِلِهِ وَدِيعَةٌ، فَلَمَّا رَجَعَ طَلَبَ فَلَمْ يَجِدْ، إِنْ كَانَتِ امْرَأَتُهُ أَمِينَةً لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضَيِّعٍ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَحْفَظَ الْوَدِيعَةَ بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ، وَإِنْ كَانَتِ امْرَأَتُهُ غَيْرَ أَمِينَةٍ، مُتَّهَمَةً يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ مُضَيِّعٌ»^(١).

قَوْلُهُ: (وَهُوَ مَحْمَلُ الْأَوَّلِ)، أَيِ: الْمَذْكُورُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَهُوَ الدَّفْعُ إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ، هُوَ الْمَرَادُ مِنَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مِنْ عَدَمِ الضَّمَانِ إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى الزَّوْجَةِ بَعْدَ النِّهْيِ عَنِ الدَّفْعِ إِلَيْهَا.

يَعْنِي: إِذَا وَجَدَ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى الزَّوْجَةِ، فَدَفَعَ؛ ضَمِنَ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ بُدًّا

(١) ينظر: «الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّةُ» [٥/٣].

وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ لِأَنَّ مِنَ الْعِيَالِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ فَاغْتَبِرَ .

وَإِنْ قَالَ : أَحْفَظُهَا فِي هَذَا [٤٥١/٢ ط] الْبَيْتِ ، فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ ، فَإِنَّ الْبَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَفَاوَتَانِ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

مِنَ الدَّفْعِ لَمْ يَضْمَنْ .

قَوْلُهُ : (فَإِنَّ مِنَ الْعِيَالِ) .

قَالَ فِي «دِيَوَانِ الْأَدَبِ» : «عِيَالُ الرَّجُلِ مَنْ يَعُولُهُ»^(١) . وَالْمُرَادُ مِنْهُ : الَّذِي يُسَاكِنُ مَعَهُ ، سِوَاءِ كَانَ فِي نَفَقَتِهِ أَوْ لَا ، وَقَدْ مَرَّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَدِيعَةِ .

قَوْلُهُ : (فَاغْتَبِرَ) ، أَيِ : الشَّرْطُ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ قَالَ : أَحْفَظُهَا فِي هَذَا [٤٥١/٢ ط] الْبَيْتِ ، فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ : «وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ»^(٢) .

قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «مَحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ❦ : فِي الرَّجُلِ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا فِي دَارٍ ، وَنَهَاةً عَنِ الْوَضْعِ فِي دَارٍ أُخْرَى ، فَوَضَعَهُ فِي الَّتِي نَهَاةً عَنْهَا فَهَلَكَتْ ، قَالَ : هُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ كَانَ بَيْتَانِ فِي دَارٍ - وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا - لَمْ يَضْمَنْ»^(٣) .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ ❦ فِي «مَخْتَصَرِهِ» الْمُسَمَّى بِـ«الْكَافِي» : «وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُسْتَوْدَعِ : اخْبَأْهَا فِي بَيْتِكَ هَذَا ، فَخَبَأَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ فِي دَارِهِ

(١) ينظر : «دِيَوَانِ الْأَدَبِ» لِلْفَارَابِيِّ [٣٧٦/٣] .

(٢) ينظر : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣٢] .

(٣) ينظر : «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ / مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٣١] .

فِي الْحِرْزِ ، وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الدَّارَيْنِ تَتَفَاوَتَانِ فِي الْحِرْزِ
فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنَّ [١٠٥/١]

﴿ غاية البيان ﴾

تلك فضاغت ؛ فلا ضَمانَ عليه استحسانًا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ : أَمْسِكْهَا بِيَدِكَ ، وَلَا
تَضَعْهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا ، فَوَضَعَهَا فِي بَيْتِهِ [٢٤٧/٦ ظ/م] فَهَلَكْتَ ؛ لَمْ يَضْمَنْهَا .

ولو قال : إِخْبَأْهَا فِي دَارِكَ هَذِهِ ، وَلَا تُخْبِأْهَا فِي دَارِكَ الْأُخْرَى ، فَوَضَعَهَا فِي
التي نهى عنها ؛ ضَمِنَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا مِنَ الْكُوفَةِ ، فَخَرَجَ بِهَا إِلَى
البَصْرَةِ ؛ كَانَ ضَامِنًا لَهَا ، وَإِنْ انْتَقَلَ مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى الْبَصْرَةِ ، أَوْ إِلَى غَيْرِهَا لَشَيْءٍ ؛
لَمْ يَكُنْ لَهُ بُدٌّ مِنْهُ فَهَلَكْتَ ؛ فَلَا ضَمانَ عليه . إِلَى هُنَا . لَفْظُ « الْكَافِي » .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : يَضْمَنُ ^(١) . كَذَا فِي « شَرْحِ الْأَقْطَعِ » ^(٢) ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ
نَقَلَهَا إِلَى بَيْتٍ آخَرَ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ، فَصَارَ كَمَا إِذَا نَقَلَهَا إِلَى دَارٍ أُخْرَى .

وَلَنَا : أَنَّ الدَّارَ حِرْزٌ وَاحِدٌ ، بِدَلَالَةِ أَنَّ السَّارِقَ إِذَا أَخَذَ مِنْ بَيْتٍ مِنَ الدَّارِ ، فَنَقَلَ
إِلَى بَيْتٍ آخَرَ فِيهَا لَمْ يُقْطَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْتِكِ الْحِرْزَ بَعْدُ ، وَالْحِرْزُ الْوَاحِدُ لَا فَائِدَةَ فِي
تَخْصِصِ بَعْضِهِ دُونَ بَعْضٍ ، وَمَا لَا فَائِدَةَ فِي تَخْصِصِهِ بِالْأَمْرِ يَسْقُطُ فِي الْإِيْدَاعِ .

كَمَا لَوْ قَالَ : أَحْفَظْهَا بِيَمِينِكَ دُونَ شِمَالِكَ ، أَوْ قَالَ : ضَعْهَا فِي يَمِينِ الْبَيْتِ
دُونَ يَسَارِهِ ، حَتَّى لَوْ كَانَ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ تَفَاوُتٌ فِي الْحِرْزِ ، بِأَنَّ كَانَتِ الدَّارُ عَظِيمَةً ،
وَوُظِّهَ الْبَيْتُ الَّذِي نَهَاةً عَنْهُ إِلَى السُّكَّةِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ .

قَالُوا فِي « شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » : يَضْمَنُ ، بِخِلَافِ الدَّارَيْنِ ، فَإِنَّ التَّفَاوُتَ
فِي الْحِرْزِ ظَاهِرٌ فِيهِمَا ؛ وَلِهَذَا لَوْ أَخَذَ السَّارِقُ مِنْ إِحْدَى الدَّارَيْنِ فَنَقَلَ إِلَى

(١) ينظر: « الوسيط في المذهب » للغزالي [٥٠٤/٤] . و« التنبيه في الفقه الشافعي » للشيرازي
[ص/١١١] ، و« روضة الطالبين » للنووي [٣٤١/٦] .

(٢) ينظر: « شرح مختصر القدوري » للأقطع [ق/٤١٧] .

كَانَتْ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا الْبَيْتَانِ عَظِيمَةً ، وَالْبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنِ الْحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةٌ
ظَاهِرَةٌ صَحَّ الشَّرْطُ .

﴿ غاية البيان ﴾

الأخرى ؛ قُطِعَ ، حتى لو كانت الدارُ التي نهى عن الوضع فيها أَحْرَزَ ، أو كانتا سواءَ
في الْحِرْزِ ؛ فلا يَضْمَنُ ، وبه صَرَّحَ في «شرح الطحاوي» ؛ لأن النهي ليس بمفيدٍ .
والأصل : أن كلَّ شرطٍ يُفِيدُ اعتباره ، ويُمكنُ المودَعُ مراعاته ؛ فهو مُعْتَبَرٌ ،
وكل شرطٍ لا يُمكنُ مراعاته ، ولا يُفِيدُ اعتباره ؛ فهو لَعْوٌ .

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير» : «ولو قال :
احفظها في كيسك ، ولا تحفظها في صندوقك ، أو قال : احفظها في صندوقك ،
ولا تحفظها في البيت ، فحَفِظَ في البيت ؛ لا يَضْمَنُ ، والصندوقُ مِنَ البيتِ بمنزلة
البيتِ مِنَ الدارِ ؛ لقلة التفاوت بينهما» .

قوله : (عَوْرَةٌ ظَاهِرَةٌ) .

قال في «ديوان الأدب» : «العَوْرَةُ : سَوْءَةُ الْإِنْسَانِ ، وكل موضعٌ يَتَخَوَّفُ منه ؛
فهو عَوْرَةٌ الْقَوْمِ ، وكذلك كل أمرٍ يُسْتَحْيَا منه ، وعوراتُ الجبال : شُقُوقُهَا» ^(١) .

وقال في «الكشاف» : «العَوْرَةُ : الْخَلَلُ ، ومنها : أَعْوَرُ الْفَارِسُ ، وَأَعْوَرُ الْمَكَانُ ،
وَالْأَعْوَرُ : الْمُخْتَلُّ الْعَيْنُ» ^(٢) .

وَأَعْوَرُ الْفَارِسُ : أَي : بَدَأَ مِنْهُ مَوْضِعُ خَلَلٍ ، قال تعالى : ﴿ يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ ﴾
وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِنْ يُرِيدُونَ إِلَّا فِرَاقًا ﴿ [الأحزاب : ١٣] .
منه قولُ النَّابِغَةِ الذُّبْيَانِيِّ يَمْدَحُ غَسَّانَ ^(٣) :

(١) ينظر : «ديوان الأدب» للفارابي [٣٠٩/٣] .

(٢) ينظر : «الكشاف» للزمخشري [٢٥٣/٣] .

(٣) البيت في : «ديوان النَّابِغَةِ الذُّبْيَانِيِّ» [ص/١٦٢] .

قَالَ: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا آخَرَ؛ فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَ الْأَوَّلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْآخَرَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يُضَمَّنَ أَيُّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمِنَ الْآخَرُ رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَان ﴾

مَتَى تَلَقَّوْهُمْ لَا تَلْقَ لِلْبَيْتِ عَوْرَةً ﴿﴾ وَلَا الْبَارَ مَحْرُومًا وَلَا الْأَمْرَ ضَائِعًا قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا آخَرَ؛ فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَ الْأَوَّلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ [٤٥٢/٢] الْآخَرَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله). أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ أَوْدَعَ [٢٤٨/٦] رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَأَوْدَعَهَا الْمُسْتَوْدَعُ الْأَوَّلُ رَجُلًا آخَرَ، فَهَلَكْتُ فِي يَدَيْهِ، قَالَ: لَصَاحِبِ الْأَلْفِ أَنْ يُضَمَّنَ الْمُسْتَوْدَعُ الْأَوَّلَ، وَلَا يُضَمَّنُ الْآخَرَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمته الله: يُضَمَّنُ صَاحِبُ الْمَالِ أَيُّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْآخِرِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْآخَرَ رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ رحمته الله مِثْلُ قَوْلِهِمَا^(٢). كَذَا فِي «شرح الأقطع»^(٣).

وَفِي قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: لَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا. كَذَا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَاسِ فِي «شرح الجامع الصغير».

= وَثَرَادُ الْمُؤَلِّفِ مِنَ الشَّاهِدِ: الْاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى أَنَّ الْعَوْرَةَ فِي اللُّغَةِ: كُلُّ مَوْضِعٍ بِهِ تَحَلَّلٌ.

(١) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٣١ - ٤٣٢].

(٢) يَنْظُرُ: «الْوَجِيزُ/ مَعَ الْعَزِيزِ شَرْحُ الْوَجِيزِ» لِلْغَزَالِيِّ [٢٩٢/٧]. وَ«الْمَهْذَبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ [١٨٤/٢]. وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ [٣٢٧/٦].

(٣) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» لِلْأَقْطَعِ [ق/٤١٨].

لَهُمَا أَنَّهُ قَبْضَ الْمَالِ مِنْ يَدِ ضَمِيمٍ فَيُضَمَّنُهُ كَمُودِعِ الْغَاصِبِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ ، فَيَكُونُ الْأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّانِي بِالْقَبْضِ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا ، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلَ لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعُهْدَةِ .

غاية البيان

وجه قول ابن أبي ليلى: أن كلَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ تَمْلِيكَهُ غَيْرَهُ بِمِثْلِ مَا مَلَكَه ، كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ يَأْذُنُ ، وَالْمُكَاتَّبُ يُكَاتِبُ ، وَالْمُسْتَأْجِرُ يُؤَاجِرُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ يُعِيرُ ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ التَّعَدِّيَ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْإِيْدَاعِ ، وَلَا مِنَ الثَّانِي فِي الْقَبْضِ .

ولنا: أن صاحبَ المالِ رضيَ بحفظِ المودِعِ لا بحفظِ غيره ، فكان إيداعُ المالِ إلى غيرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ تَعَدِّيًا ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ ، وَقِيَاسُهُ ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ الْمُوْدِعَ لَيْسَ بِمَالِكٍ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ لِعَيْنِ الْوَدِيعَةِ وَلَا لِمَنْفَعَتِهَا ، وَإِنَّمَا هُوَ رَجُلٌ مَلَكَ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَسْلِيمَ الْوَدِيعَةِ إِلَى غَيْرِهِ وَغَيْرِ مَنْ فِي مَعْنَاهُ مِمَّنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ ، فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ ، فَمَلَكَ التَّمْلِيكَ ، وَكَذَا الْمَكَاتَّبُ وَالْمُسْتَعِيرُ مَالِكٌ لِمَنْفَعَةِ الْعَيْنِ ، وَكَذَا الْمُسْتَأْجِرُ ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ .

وجه قولهما: أن الثانيَ قَبْضَ الْمَالِ مِنْ يَدِ ضَمِيمٍ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْأَوَّلَ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ ، فَيُضْمَنَانِ جَمِيعًا بِالْخِيَارِ لِصَاحِبِهِ ، فَيُضْمَنُ الْأَوَّلُ بِالْدَفْعِ ، وَالثَّانِي بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَصَرَّفَ فِي الْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ ، فَصَارَ كَمُودِعِ الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَهُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْعَيْنَ بِالضَّمَانِ مُسْتِنْدًا ، فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي يَرْجِعُ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ .

وجه قول أبي حنيفة: أن الأولَ لَا يَضْمَنُ بِمَجَرَّدِ الدَّفْعِ إِلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ

وَلَهُ أَنَّهُ قَبْضَ الْمَالِ مِنْ يَدِ أَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ بِالدَّفْعِ لَا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ
لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعْدِي مِنْهُمَا ، فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلْتَزِمَ فَيَضْمَنُهُ
بِذَلِكَ ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ
كَالرَّيْحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حَجَرِهِ ثَوْبٌ غَيْرِهِ .

﴿ غاية البيان ﴾

فِي الدَّفْعِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِحِفْظِهِ بِاعْتِبَارِ رَأْيِهِ وَتَمْيِيزِهِ لَا بِصُورَةِ يَدِهِ ؛ فَإِذَا دَفَعَ
الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَمْ يُفَارِقْهُ ، وَهَلَكَتْ فِي يَدِ الثَّانِي ؛ لَا ضَمَانَ بِاتِّفَاقٍ بَيْنَ أَصْحَابِنَا .
فَإِذَا كَانَ الْأَوَّلُ بَاقِيًا عَلَى الْأَمَانَةِ حَالَةَ الدَّفْعِ ؛ صَارَ الثَّانِي آخِذًا مِنْ يَدِ أَمِينٍ ،
فَإِذَا فَارَقَ الْأَوَّلُ الثَّانِي وَذَهَبَ عَنْهُ ؛ ضَيَّعَ الْوَدِيعَةَ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلْتَزِمَ ،
فَيَضْمَنُ ، وَلَا يَضْمَنُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِجْبَابُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ بِجُنَايَةِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ
الثَّانِي لَمْ يَتَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلْتَزِمَ .

وَابْتِدَاءُ الْقَبْضِ لَمْ يَكُنْ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ، فَبَقَاؤُهُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ
الْإِبْتِدَاءِ ، وَهَذَا كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ لَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ وَكَيْلُهُ بِحَضْرَتِهِ ؛
لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنَ التَّعْيِينِ وَالتَّخْصِيصِ : رَأْيُهُ [١/٢٤٨/٢٠٤ م] لَا عِبَارَتُهُ ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا .

فَإِنْ قُلْتُ : إِنْ الْأَوَّلُ إِذَا كَانَ ضَامِنًا ؛ كَانَ الثَّانِي آخِذًا مِنْ يَدِ ضَمِيمٍ ، فَيَتَبَغَى
أَنْ يَكُونَ الثَّانِي ضَامِنًا ضَرُورَةً .

قُلْتُ : هَذِهِ مِغَالَطَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا بِمَجَرَّدِ الدَّفْعِ قَبْلَ الْمَفَارَقَةِ ،
بَلْ هُوَ أَمِينٌ حِينَئِذٍ لِمَا قُلْنَا ، وَإِنَّمَا صَارَ ضَامِنًا بِالْمَفَارَقَةِ بِصُنْعٍ مِنْهُ ، وَالثَّانِي لَمْ
يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ ، فَلَا يَضْمَنُ ، كَالرَّيْحِ إِذَا هَبَّتْ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي حَجَرٍ غَيْرِهِ
[٢/٥٢٢/٤ ط] فَهَلَكَ ، لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قُلْنَا : أَنَّ الْمَالِكَ لَوْ قَالَ : أَذْنْتُ لَكَ ^(١) أَنْ تَدْفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : « أَذْنْتُ لِي » . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : « ن » ، « م » ، « ج » ، « غ » ، « س » .

قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهَا لَهُ، وَأَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، وَأَبَى أَنْ يَخْلِفَ لَهُمَا؛ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَيْنَهُمَا وَشَرَحُ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاخْتِمَالِهَا الصَّدُقُ، فَيَسْتَحِقُّ الْحَلْفَ عَلَى الْمُنْكَرِ بِالْحَدِيثِ، وَيَخْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الْحَقِّينِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ الْقَاضِي جَازَ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ. وَلَوْ تَشَاحَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا

﴿ غاية البيان ﴾

فَلَانِ بِشَرْطِ الْأَلْفِ تَفَارِقَهُ، فَفَارَقَهُ فَهَلَكَ؛ ضَمِنَ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي، فَصَارَ ذَلِكَ وَزَانَ مَسْأَلَتَنَا سَوَاءً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهَا لَهُ، وَأَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، وَأَبَى أَنْ يَخْلِفَ لَهُمَا؛ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَيْنَهُمَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: فِي أَلْفٍ دَرَاهِمٍ فِي يَدَيَّ رَجُلٍ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّهُ أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، فَأَبَى أَنْ يَخْلِفَ لَهُمَا، قَالَ: تَكُونُ هَذِهِ الْأَلْفُ لَهُمَا، وَيَغْرَمُ أَلْفًا أُخْرَى، فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمهما الله فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي «شرح الجامع الصغير»: «وفي قولِ ابنِ أَبِي لَيْلَى: لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا دَفْعُ الْأَلْفِ بَعَيْنِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ إِلَّا أَلْفًا وَاحِدَةً، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى، أَمَّا مَذْهَبُ عَلَمَائِنَا رحمهم الله: فَلِأَنَّهُ لَمَّا نَكَلَ لِأَحَدِهِمَا؛ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْهُ أَلْفًا، فَلَمَّا نَكَلَ لِلْآخَرِ؛ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْهُ أَلْفًا، فَلَمَّا أَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْأَلْفِ، وَلَمْ يَصِلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا خَمْسُ مِئَةٍ؛ فَعَلِيهِ أَنْ يَغْرَمَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمَامَ الْأَلْفِ».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيَّ» [ص/٤٣١ - ٤٣٢].

تَطْيِيبًا لِقُلُوبِهِمَا وَتَفْيِيًا لِتُهْمَةِ الْمَيْلِ ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي ، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الْحُجَّةِ ، وَإِنْ نَكَلَ أَغْنَى لِلثَّانِي يَقْضِي لَهُ لَوْجُودِ الْحُجَّةِ ، وَإِنْ نَكَلَ لِلأَوَّلِ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

بَيَانُ الْمَسْأَلَةِ : أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ ادَّعَى دَعْوَى صَحِيحَةً ؛ لَاحْتِمَالِ الصَّدَقِ فِي دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَتَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْمُنْكَرِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١) . وَلَكِنْ يُحْلَفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ادَّعَى عَلَيْهِ مَعْنَى لَوْ أَقَرَّ بِهِ يَلْزَمُهُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ يُحْلَفُهُ .

وَالْقَاضِي إِذَا بَدَأَ بِالتَّحْلِيفِ لِأَيُّهُمَا كَانَ جَازَ لِعَدَمِ الْأَوَّلِيَّةِ وَتَعَذُّرِ الْجَمْعِ ، وَلَوْ تَضَافًا فِي الْبِدَاءَةِ بِالْحَلْفِ ؛ يُقَرَّعُ الْقَاضِي اجْتِنَابًا عَنْ تَهْمَةِ الْمَيْلِ ، فَإِنْ اسْتَحْلَفَ لِأَحَدِهِمَا وَحَلَفَ ؛ اسْتَحْلَفَ لِلآخَرِ أَيْضًا ، فَإِنْ حَلَفَ انْقَطَعَتْ خُصُومَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ شَرَعَتْ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ .

وَإِنْ نَكَلَ لِلثَّانِي : فَالْأَلْفُ لَهُ ، لِأَنَّ النُّكُولَ بِمَنْزِلَةِ الْبَذْلِ أَوْ الْإِقْرَارِ ، وَانْقَطَعَتْ خُصُومَةُ الْأَوَّلِ بِالْيَمِينِ ، وَإِنْ نَكَلَ لِلأَوَّلِ ؛ اسْتَحْلَفَ لِلثَّانِي أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي يَصِحُّ نِكُولُهُ ، فَإِنْ حَلَفَ لِلثَّانِي ؛ انْقَطَعَتْ خُصُومَتُهُ ، وَالْأَلْفُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ النُّكُولَ بِمَنْزِلَةِ الْبَذْلِ أَوْ الْإِقْرَارِ .

[١/٢٤٩/٦م] وَإِنْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا : كَانَ الْأَلْفُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْأَلْفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْبَذْلِ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَبِالْإِقْرَارِ عَلَى مَذْهَبِ صَاحِبَيْهِ ، فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ الْبَعْضُ كَانَ ضَامِنًا .

أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةٌ عِنْدَ الْقَضَاءِ ؛ فَجَازَ أَنْ يُؤَخَّرَهُ لِيُحْلَفَ لِلثَّانِي
فَيُنْكَشِفَ وَجْهَ الْقَضَاءِ ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عَلَى مَا
ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحُجَّةِ ، كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ ، وَيَغْرُمُ [١٠٥/ط] أَلْفًا
أُخْرَى بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَذْلِهِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ وَذَلِكَ حُجَّةٌ

غاية البيان

قال فخر الإسلام البرزدوي رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «يَتَّبِعِي لِلْقَاضِي
أَلَّا يَقْضِيَ بِالنُّكُولِ لِلأَوَّلِ حَتَّى يُحْلَفَ لِلثَّانِي ؛ لِيُظْهَرَ لَهُ وَجْهُ الْحُكْمِ» .

معناه: أن الثاني إذا نكل له أيضًا يَكُونُ الألف بينهما ، وَيَقْضِي لهما جملة ،
وإذا حلف للثاني ؛ كان كلُّ الألف لِلأَوَّلِ .

ثم قال فخر الإسلام: «فَإِنْ حَكَمَ لِلأَوَّلِ ثُمَّ حَلَفَ لِلثَّانِي فَنَكَلَ ؛ يَجِبُ أَنْ
يَكُونَ الْجَوَابُ كَذَلِكَ ، وَهُوَ أَنَّ الألف القائمة بينهما ، وَغَرِمَ أَلْفًا أُخْرَى ؛ لِأَن تَقْدِيمَ
الْيَمِينِ لِأَحَدِهِمَا إِمَّا أَنْ يَقَعَ بِاخْتِيَارِ الْقَاضِي ، وَذَلِكَ لَا يَصَحُّ ؛ لِإِبْطَالِ حَقِّ
الْمُسْتَحَقِّ ، وَإِمَّا أَنْ يَقَعَ بِالْقُرْعَةِ ، وَهِيَ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ لِإِبْطَالِ أَوْ إِيْجَابِ ، فَيَجِبُ أَنْ
يَكُونَ بَيْنَهُمَا ، وَأَلْفٌ أُخْرَى يَضْمَنُهَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَن نَكُولَهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
كُلَّ الألفِ كَأَن لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَإِذَا صَرَفَ إِلَيْهِمَا ؛ فَقَدْ صَرَفَ نِصْفَ نَصِيبِ هَذَا
إِلَى هَذَا ، وَنِصْفَ نَصِيبِ هَذَا إِلَى هَذَا» .

ثم هذا الذي ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ [٤٥٣/٢] الألف بينهما إذا نكل للثاني بعدَ القضاء
لِلأَوَّلِ: هو اخْتِيَارُ مَشَايِخِنَا رحمه الله .

فقال صاحب «الهداية» رحمه الله: (ذَكَرَ الْخَصَّافُ: أَنَّهُ نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلأَوَّلِ) . يعني:
يَكُونُ كُلُّ الألفِ له ، وَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا ، وَلَكِنَّ الْخَصَّافَ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ
فِي «أَدَبِ الْقَاضِي» .

وقال الْخَصَّافُ: «لَا يُحْلَفُ لِلثَّانِي بِأَنَّ الْعَبْدَ مَا هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَمَا صَارَ

فِي حَقِّهِ ، وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الْآخَرِ
فَيَعْرِمَهُ ، فَلَوْ قَضَى الْقَاضِي لِلأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ . ذَكَرَ الْإِمَامُ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ
فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : أَنَّهُ يَخْلِفُ لِلثَّانِي وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ
الْقَضَاءَ لِلأَوَّلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ
لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي .

وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلأَوَّلِ ، وَوَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ وَإِنَّمَا
نَفَذَ لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاجْتِهَادِ ؛ لِأَنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلأَوَّلِ وَلَا يَنْتَظِرُ
لِكَوْنِهِ إِقْرَارَ دَلَالَةٍ ثُمَّ لَا يَخْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا الْعَبْدُ لِي ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ لَا يُفِيدُ بَعْدَ
مَا صَارَ لِلأَوَّلِ ، وَهَلْ يُحْلَفُ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا عَلَيْكَ هَذَا الْعَبْدُ وَلَا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا
وَكَذَا وَلَا أَقْلٌ مِنْهُ . قَالَ : يَنْبَغِي أَنْ يُحْلَفَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ؛ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً
عَلَى أَنَّ الْمُودِعَ إِذَا أَقَرَّ الْوَدِيعَةَ وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ؛

غَايَةُ الْبَيَانِ

لِلأَوَّلِ ؛ لَا فَائِدَةَ فِي النُّكُولِ ، وَلَكِنْ هَلْ يُحْلَفُ لَهُ ؟ بَأَنَّ قَالَ : مَا لِهَذَا عَلَيْكَ أَدَاءُ هَذَا
الْعَبْدِ ، وَلَا قِيمَتُهُ ، وَهِيَ كَذَا وَكَذَا دِينَارًا أَوْ دَرَاهِمًا ، وَلَا أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ .

قَالَ الْخَصَّافُ : «يَنْبَغِي أَنْ يُحْلَفَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عليه السلام خِلَافًا لِأَبِي
يُوسُفَ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا أَقَرَّ بِالْوَدِيعَةِ ، وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ ، يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ
خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ عليه السلام .

وَجْهُ الْبِنَاءِ : أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ ، فَبِالْإِقْرَارِ بِالْوَدِيعَةِ ضَمِنَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عليه السلام ، فَكَذَا
بِالنُّكُولِ ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عليه السلام : لَمْ يَضْمَنْ ثَمَّةً بِالْإِقْرَارِ ، فَكَذَا هُنَا بِالنُّكُولِ .

قَوْلُهُ : (يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ) ، أَيُ : يَقَدِّمُ الْقَاضِي الْأَوَّلَ بِالتَّحْلِيلِ ،
إِمَّا بِاخْتِيَارِهِ ، أَوْ بِالْإِقْرَاعِ بَيْنَهُمَا .

خِلَافًا لَهُ وَهَذِهِ فُرْيَعَةٌ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ ، وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الْإِطْنَابِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قوله: (وَهَذِهِ فُرْيَعَةٌ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ ، وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الْإِطْنَابِ) ، أي: هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع للثاني بعد قضائه للأول: ما لهذا عليك هذا العبد، ولا قيمته من تفريعات تلك المسألة التي اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيها في الضمان وعدمه .

[٢٤٩/٦ م/ظ] وفي تلك المسألة وقع بعض المبالغة في البيان ببيان التفريعات في «الأصل» في باب إقرار الرجل بالمال ودفعه إليه آخر، ولكن لم يذكر محمد رحمهما الله في «الأصل» خلافاً لأبي يوسف رحمهما الله ، بل ذكر الضمان مطلقاً .

قال خواجه زاده في «مبسوطه»: «وإنما ذكر الخلاف في «الجامع الكبير»...» .

وحاصل الإطناب: ما ذكره شمس الأئمة البيهقي في «الكفاية» بقوله: «قال: دفع إليّ فلان هذه الألف، وهي لفلان، وكل واحد يدعيها؛ تكون^(١) للدافع؛ لأنه لما بدأ بالإقرار له؛ فقد أقر بوجوب^(٢) الرد عليه، فلما أقر للثاني وقد تعلق حق الأول به؛ فلا يقبل، لا جرم لو قال: هي لفلان دفعها إلي فلان؛ فهي للأول لا للدافع؛ لتعلق حق الأول به ابتداءً .

ثم إن دفع إلى الأول بقضاء؛ لا ضمان عليه للثاني عند أبي يوسف؛ لأنه أقر بالوديعة، ولم يوجد منه تعد، والحاكم أزال يده بغير فعله، فيبقى مجرد إقرار في ملك الغير، وأنه لا يوجب الضمان، وعند محمد رحمهما الله: يضمن؛ لأن الحاكم أزال يده باعترافه، فكأنه دل على الوديعة من ألتفها، كما لو سلم إلى الأول بغير قضاء؛ يضمن اتفاقاً .

(١) وقع بالأصل: «لتكون». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

(٢) وقع بالأصل: «أقر بوجه من». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

غاية البيان

قال: هذه الألف لفلان، أقرضنيها فلانٌ وادّعياء؛ يَكُونُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ أَوَّلًا، وَلِلْمُقَرَضِ عَلَيْهِ أَلْفٌ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِعَقْدٍ يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمانُ.

وذكر مسائل من جنس الأول:

أحدها: قال: هذه الألف لفلان لا بل لفلان، فدفع الألف إلى الأول بقضاء؛ لم يضمن للثاني شيئًا، وبغير قضاء يضمن له ألفًا مثلها.

الثانية: قال: أودعني فلانٌ لا بل فلانٌ؛ فهو مثل الأول عند أبي يوسف رحمته الله، وعند محمد رحمته الله: يضمن للثاني ألفًا مثلها، سواء سلم للأول بقضاء أو بغير قضاء.

الثالثة: غصبتُ هذا العبد [٤٥٣/٢] من فلان، لا بل من فلان، وادّعاه كل واحد؛ يلزمه تسليم العبد إلى الأول، ويضمن للثاني قيمته، سواء سلم إلى الأول بقضاء، أو بغير قضاء؛ لأن في الغصب: يجب ضمانه على الغاصب، وإن زالت يده بغير فعله.

أقر الخياط أن هذا الثوب الذي في يده لفلان، سلمه إليه فلان، وكل واحد يدّعيه؛ فالثوب للذي أقر له أول مرة، وكذلك القصار وكل عامل، ولا يضمن للثاني شيئًا في قياس قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يضمن قيمته للثاني إذا سلمه إلى الأول بقضاء؛ لأن عند أبي حنيفة رحمته الله: أجير المشترك أمين لا يتعلّق بقبضه ضمان، فكان كالمودع.

وعندهما: يتعلّق به الضمان، فصار كالغاصب، فإذا استحقّ الأول الثوب بالإقرار؛ صار كأنه استهلكه، فيضمن قيمته للثاني، وقال محمد رحمته الله: يضمن قيمته من قبل إقراره أن الثوب وصل إليه من [٢٥٠/٦] جهته، لا من قبل ضمان الأجير.

فإن أقر أن هذا الثوب سلمه إليه فلان ليقطعه قميصًا وهو لفلان، وادّعاه كل واحد؛ فالثوب للمسلم إليه لا للثاني؛ لأنه بقوله: «سلم إليّ» اعتراف له بالثوب،

❦ غاية البيان ❦

ثم قوله: «وهو لفلان» إقرارٌ في ملك الغير فلا يُقبل. كذا في «الكفاية» في باب الإقرار بمال دفعه إليه فلان.

وقال في آخر كتاب الوديعه من «شرح الطحاوي»^(١) ﷺ: «ومن كان في يده ألف درهم، فحضره رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه، وقال المودع: أودعنيها أحكما، ولا أدري أيكما هو، فالمدعيان إذا اصطلحا فيما بينهما على أن يأخذا تلك الألف منه بينهما؛ كان لهما ذلك، وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما؛ لأنه قد أقر بها لأحدهما، وهما قد اصطلحا على أخذه بينهما، وبعد هذا الاصطلاح ليس لهما إلى الاستحلاف سبيل، ولا يمين لهما على المودع.

وأما إذا لم يضطلحا، ولكن كل واحد منهما يدعي أن الألف له^(٢) خاصة، وأراد أخذا من المودع؛ فليس له ذلك؛ لأن المقر له مجهول، ولكل واحد منهما أن يستحلف المودع».

ثم هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يحلف لهما، أو ينكل لهما، أو يحلف لأحدهما، وينكل للآخر.

فإن حلف لهما: قطع دعوتهما، وليس لهما إلى الاصطلاح، وأخذ الألف بينهما سبيل بعد الاستحلاف في قول أبي يوسف ﷺ، وقال محمد ﷺ: لهما أن يضطلحا بعد الاستحلاف على أخذ الألف بينهما، وهذا إذا حلف لهما.

وأما إذا نكل لهما عن اليمين؛ يُقضى بالألف بينهما، ويضمن ألفا أخرى بينهما أيضاً، حتى يحصل لكل واحد منهما ألف درهم على الكمال.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبغاني [ق/٣١٩].

(٢) وقع بالأصل: «لهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

غاية البيان

وإن نكل لأحدهما وحلف للآخر؛ قُضِيَ بالألف للذي نكل له عن اليمين
خاصّةً، ولا شيء للذي حلف له منها.

والله أعلم.



كِتَابُ الْعَارِيَةِ

قَالَ: الْعَارِيَةُ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ إِحْسَانٍ وَقَدْ اسْتَعَارَ النَّبِيُّ ﷺ دُرُوعًا

عَنْ غَايَةِ الْبَيَانِ

كِتَابُ الْعَارِيَةِ

قَدْ سَبَقَ بَيَانُ وَجْهِ الْمُنَاسِبَةِ فِي أَوَّلِ الْوَدِيعَةِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِعَادَةِ.

قَالَ الْجَوْهَرِيُّ ﷺ: وَالْعَارِيَةُ بِالتَّشْدِيدِ كَأَنَّهَا مَنْسُوبَةٌ إِلَى الْعَارِ؛ لِأَنَّ طَلِبَهَا عَارٌ وَعَيْبٌ. وَيُشَدُّ:

إِنَّمَا أَنْفُسُنَا عَارِيَةٌ ❦ وَالْعَوَارِيُ قُصَارٌ أَنْ تُرَدُّ

وَالْعَارَةُ: مِثْلُ الْعَارِيَةِ، قَالَ ابْنُ مُقْبِلٍ^(١):

فَأَخْلَفَ وَأَتْلَفَ إِنَّمَا الْمَالُ عَارَةٌ ❦ وَكُلُّهُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهُ

كَذَا فِي «الصَّحاح»^(٢).

وَقَالَ الْمُطَرِّزِيُّ: «وَأَخَذَهَا مِنَ الْعَارِ: الْعَيْبُ، أَوْ مِنَ الْعُرْيِ: خَطَأٌ»^(٣).

قَوْلُهُ: (قَالَ [٢/٤٥٤]: الْعَارِيَةُ جَائِزَةٌ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤).

وَالدَّلِيلُ عَلَى جَوَازِهَا: مَا رَوَى صَاحِبُ «السَّنَنِ» قُبَيْلَ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ:

بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَى، عَنْ أَبِيهِ ﷺ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعًا [٦/٢٥٠ ظ/م] وَثَلَاثِينَ بَعِيرًا».

(١) فِي: «دِيَوَانِهِ» [ص/١٨٠]. وَهُوَ تَمِيمُ بْنُ مِقْبَلِ بْنِ عَوْفٍ، شَاعِرُ جَاهِلِي أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ فَأَسْلَمَ، وَكَانَ

يُبْكِي أَهْلَ الْجَاهِلِيَّةِ، وَبَلَغَ مِائَةً وَعِشْرِينَ سَنَةً. يَنْظُرُ: «الْإِصَابَةُ فِي تَمْيِيزِ الصَّحَابَةِ» لِابْنِ حَجَرٍ [١/٤٩٦].

(٢) يَنْظُرُ: «الصَّحاح فِي اللُّغَةِ» لِلْجَوْهَرِيِّ [٢/٧٦١/مَادَّةُ: عَوْر].

(٣) يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ فِي تَرْتِيبِ الْمَعْرَبِ» لِلْمُطَرِّزِيِّ [٢/٨٩].

(٤) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

مِنْ صَفْوَانَ ، وَهِيَ تُمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَكَانَ الْكَرْخِيُّ يَقُولُ : هُوَ إِبَاحَةُ
الِإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ ، لِأَنَّهُ يَتَعَقَّدُ بِلَفْظَةِ الْإِبَاحَةِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ الْمُدَّةِ ،
وَمَعَ الْجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِكُ وَكَذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهِ النَّهْيُ ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ مِنْ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ ، أَوْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاءَةٌ ؟ قَالَ : «بَلْ مُؤَدَّاءَةٌ»^(١) .

ولأن الإنسان قد يحتاج إلى الممر^(٢) والقُدومِ والفأسِ ونحو ذلك ، ولا
تَحْضُرُهُ هذه الآلاتُ ، وَيَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ شَرَاؤُهَا ؛ لَا سَتَعْمَالِهَا مَرَّةً وَاحِدَةً ، فَشَرَعَ الشَّارِعُ
الْعَارِيَّةَ لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى دَفْعِ الْحَاجَةِ .

قوله : (وَهِيَ تُمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ) ، هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي
«مختصره»^(٣) ، وهذا الذي ذكره هو اختيارُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رحمته الله .

قال في «شرح الأقطع» : «وكان الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمته الله يَقُولُ : إنها
إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ»^(٤) ، وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله .

وجهُ قولِ الْكَرْخِيِّ : أنها لو كانت تملكُ الْمَنَافِعَ لَا إِبَاحَةَ ؛ لكان بيانُ الْمُدَّةِ
مِنْ شَرْطِهَا ؛ لِأَن تَمْلِكُهَا مَعَ الْجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ ، أَصْلُهُ : الْإِجَارَةُ ، وَلأنها لو كانت^(٥)
تمليكَاً لجاز إِبَارَةُ الْمُسْتَعِيرِ مِنْ غَيْرِهِ كَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَلِهَذَا تَتَعَقَّدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ بِأَنَّ

(١) أخرجه : أبو داود في كتاب الإجارة/ باب في تضمين العارية [رقم/٣٥٦٦] ، والنسائي في «السنن
الكبرى» في كتاب العارية/ باب تضمين العارية [رقم/٥٧٧٦] ، ومن طريقه ابن حزم في «المحلى»
[١٧٣/٩] ، وأحمد في «المسند» [٢٢٢/٤] ، من طريق عطاء بن أبي رباح ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَى ،
عَنْ أَبِيهِ رحمته الله به .

قال ابن حزم : «هذا حديث حسن ، ليس في شيء مما روي في العارية خبرٌ يصح غيره» .

(٢) الْمَرُّ : الْمَسْحَاةُ أَوْ مَقْبِضُهَا ، وَكَذَلِكَ هُوَ مِنَ الْمِخْرَاطِ . وقد تقدم التعريف بذلك .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٣٣] .

(٤) ينظر : «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤١٩] .

(٥) وقع بالأصل : «لأنها كانت» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

غَيْرِهِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ : إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِيكِ ، فَإِنَّ الْعَارِيَّةَ مِنَ الْعَرِيَّةِ وَهِيَ الْعَطِيَّةُ وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ ، وَالْمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالْأَعْيَانِ .
وَالتَّمْلِيكِ نَوْعَانِ : بِعَوَضٍ ، وَبِغَيْرِ عَوَضٍ ، ثُمَّ الْأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوعَيْنِ ،

غاية البيان

قال : أبحثُ ركوبَ هذه الدَّابَّةَ لك ، أو أبحثُ لبسَ هذا الثوبِ لك .

وكذلك يَصَحُّ نَهْيُ الْمُعِيرِ الْمُسْتَعِيرَ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ ، فَلَوْ كَانَتْ تَمْلِيكًا لَمْ يَصَحَّ
كَمَا فِي الْإِجَارَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ آجَرَ دَابَّتَهُ شَهْرًا ، ثُمَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ لَوْنَهَا عَنْ
الْإِنْتِفَاعِ بِهَا لَمْ يَصَحَّ .

وَوَجْهُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ : أَنَّ الْعَارِيَّةَ وَالْعَرِيَّةَ أَحَدُهُمَا مُسْتَقٌ مِنَ
الْآخَرِ ، وَلَكِنْ خُصَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِاسْمٍ ، فَقَالُوا فِي تَمْلِيكِ الْأَعْيَانِ : عَرِيَّةٌ ، وَفِي
تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ : عَارِيَّةٌ ، فَدَلَّ أَنَّ الْعَارِيَّةَ تَمْلِيكٌ لَا إِبَاحَةٌ ، وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ
التَّمْلِيكِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ سُكْنَى هَذِهِ الدَّارِ شَهْرًا صَحَّ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا : أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعِيرَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَوْ كَانَتْ إِبَاحَةً
لَمْ يَمْلِكْ أَنْ يُمْلِكَهَا مِنْ غَيْرِهِ ؛ كَالْمَبَاحِ لَهُ الطَّعَامُ ، لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُبَيِّعَ مِنْ غَيْرِهِ .

أَمَّا عَدَمُ شَرْطِ بَيَانِ الْمَدَّةِ : فَلَأَنَّ الْجَهَالََةَ لَيْسَتْ بِمُقْضِيَةٍ إِلَى الْمَنَازَعَةِ ؛ لِأَنَّ
الْمُعِيرَ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِسْتِرْدَادِ مَتَى شَاءَ ، وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمَدَّةِ فِي الْإِجَارَةِ دَفْعًا
لِلْمَنَازَعَةِ .

وَانْعِقَادُهَا بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ بِسَبِيلِ الْإِسْتِعَارَةِ ، كَانْعِقَادِ الْإِجَارَةِ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ ،
وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكِ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ لَا لَازِمَ ، فَلَوْ جَازَ لَهُ أَنْ
يُؤَجَّرَ ؛ انْقَلَبَتْ مِنَ الْجَوَازِ إِلَى الزُّوْمِ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُعِيرِ ، وَخَرَجَ الْجَوَابُ عَنْ
صَحَّةِ النَّهْيِ ؛ لِأَنَّهَا لَمَّا كَانَتْ جَائِزَةً كَانَ لِلْمُعِيرِ أَنْ يَنْهَى .

قوله : (وَالتَّمْلِيكِ نَوْعَانِ : بِعَوَضٍ ، وَبِغَيْرِ عَوَضٍ ، ثُمَّ الْأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوعَيْنِ ،

فَكَذَا الْمَنَافِعُ ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ ، وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الْإِبَاحَةِ ، وَهِيَ تَمْلِكُ . وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ؛ لِعَدَمِ اللَّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً ؛ وَلِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ الْإِنْتِفَاعُ . وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةٌ ، وَالنَّهْيُ مَنَعٌ عَنِ التَّحْصِيلِ فَلَا يَتَحَصَّلُ الْمَنَافِعُ عَلَى مُلْكِهِ . وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا نَذَرُهُ ، [١٠٦/١] .

قَالَ: وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُكَ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ وَمَنْحَتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرَدِّ بِهِ الْهَبَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِكِ الْعَيْنِ ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الْهَبَةُ تُحْمَلُ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ تَجَوُّزًا .

غاية البيان

فَكَذَا الْمَنَافِعُ ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ) ، أَي: بَيْنَ الْأَعْيَانِ^(١) وَالْمَنَافِعِ .

يعني: إنما جاز التملك بنوعيه ، بعوض وبغير عوض في الأعيان دفعاً لحاجة الناس ؛ لأنهم يحتاجون إلى نوعي التملك ، وهذا المعنى موجود في المنافع ، فيجوز تملكها بالنوعين جميعاً ، ثم تملك العين بعوض كالبيع ، وبغير عوض كالهبة ، والصدقة ، والوصية ، ونحو ذلك ، وملك المنفعة بعوض كالأجرة ، وبغير عوض كالعارية .

[٢٥١/٦ م] قوله: (وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِكِ ...) ، إلى آخره . جواب

عمّا قال الكرخي ، وقد اندرج الجواب فيما قلنا .

قوله: (عَلَى مَا نَذَرُهُ) ، إشارة إلى ما ذكره من الدليل عند قوله: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ [٢/٤٥٤ ط] أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ) .

قوله: (قَالَ: وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُكَ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره» .

(١) وقع بالأصل: «أَي: من الأعيان» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

قَالَ: وَأَخْدَمْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ، لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ وَدَارِي لَكَ سُكْنَى؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَكَ وَدَارِي لَكَ عُمْرِي سُكْنَى؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلَهُ سُكْنَى تَفْسِيرًا؛ لِقَوْلِهِ لَكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ.

غاية البيان

وتماثله فيه: «وأطعمتُك هذه الأرضَ، ومنحتُك هذا الثوبَ، وحملتُك على هذه الدَّابَّةِ إذا لم يُرَدَّ به الهبةُ، وأخدمتُك هذا العبدَ، وداري لك سُكْنَى، وداري لك عُمْرِي سُكْنَى»^(١). إلى هنا لفظُ «المختصر».

أما قوله^(٢): «أعزَّتُك»، فإنما تصحُّ العاريةُ به؛ لأنه صريحٌ فيها.

وأما قوله: «أطعمتُك هذه الأرضَ»، فهو مستعملٌ في العاريةِ مجازًا لا حقيقةً؛ لأنه يُقالُ: أَطْعَمَهُ فَطَعِمَ، ونَفْسُ الْأَرْضِ لَا تُطْعَمُ، فكان المرادُ: طَعِمَ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا بِطَرِيقِ إِطْلَاقِ اسْمِ السَّبَبِ عَلَى الْمُسَبَّبِ، وهو مِنْ طَرِيقِ الْمَجَازِ.

وأما قوله: «منحتُك هذا الثوبَ»، و«حملتُك على هذه الدَّابَّةِ»، إنما يُرادُ به تَمْلِيكُ الْعَيْنِ بِطَرِيقِ الْهَبَةِ، فإذا لم يُرَدَّ به الْهَبَةُ حُمِلَ عَلَى الْعَارِيَةِ مجازًا؛ إذْ هُوَ أَقْلُ مَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ.

وأما قوله: «أخدمتُك هذا العبدَ»، أي: جعلته خادماً لك، فهو إِذْنٌ فِي الْإِسْتِخْدَامِ، وهو معنى العاريةِ؛ لأنه ملَّكَه منفعةَ الْعَبْدِ بغيرِ عَوَضٍ.

وأما قوله: «داري لك سُكْنَى، أو داري لك عُمْرِي سُكْنَى». فهو العاريةُ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ: سُكْنَاهَا لَكَ، أو سُكْنَاهَا لَكَ مُدَّةَ عُمْرِكَ، فتَمْلِيكُ السُّكْنَى تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ، فكان عَارِيَّةً.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيَّ» [ص/١٣٣].

(٢) أي: القُدُورِيَّ ﷺ.

قَالَ: وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»؛ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُمْلِكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حَدُوثِهَا فَالْتَّمْلِكُ فِيمَا لَمْ يُوْجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْقَبْضُ فَصَحَّ الرَّجُوعُ عَنْهُ.

غاية البيان

وقوله: «سُكْنَى»: منصوبٌ بطريق التمييز من قوله: «لك»؛ لأن قوله: «داري لك». يَحْتَمِلُ الوجهَيْن: تملك عين الدار، وتمليك منفعة الدار، فخرج قوله: «سُكْنَى». تفسيرًا قاطعًا لاحتمال، فتعَيَّنَتِ الْعَارِيَةُ.

وفرق شيخ الإسلام علاء الدين الأسننجابي ﷺ في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد بين قوله: «هذه الدار لك سُكْنَى، أو عمري سُكْنَى». وبين قوله: «هي لك لتسكنها». فقال: «لو قال: هي لك لتسكنها؛ كان تملكًا للدار؛ لأنه أضاف التملك إلى ربة الدار، وقوله: «لتسكنها». مشورة، فلا تتغير به قضية العقد».

قوله: (قَالَ: وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(١)، وذلك لقوله ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»^(٢)، أي: يَجِبُ رَدُّهَا، وَيَجِبُ أَدَاؤها.

قال الترمذي ﷺ في «جامعه» في أبواب الوصايا: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ حُجْرٍ، وَهَنَادٌ، [قَالَ]^(٣): حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ^(٤)، قَالَ: حَدَّثَنَا شَرْحِبِيلُ بْنُ مُسْلِمٍ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الإجارة/ باب في تضمين العارية [رقم/٣٥٦٥]، والترمذي في كتاب الوصايا عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء لا وصية لوراث [رقم/٢١٢٠]، وأحمد في «المسند» [٢٦٧/٥]، والدارقطني في «سننه» [٤٠/٣]، من حديث أبي أمامة ﷺ به.

قال الترمذي: «هو حديث حسن». وقال ابن الملقن: «هذا الحديث حسن». ينظر: «البدر المنير لابن الملقن» [٧٠٧/٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وَقَعَ عند الترمذي.

(٤) وقع بالأصل: «عباس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ، إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ، لَمْ يَضْمَنْهَا.

حاشية البيان

الْحَوْلَانِيُّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ الْبَاهِلِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ، وَمَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ؛ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ التَّابِعَةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، لَا تُنْفِقُ امْرَأَةٌ مِنْ [٢٥١/٦ ط/م] بَيْتِ زَوْجِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا الطَّعَامُ؟ قَالَ: «ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا». ثُمَّ قَالَ: «الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(١).

قال الزَّمَخْشَرِيُّ رحمه الله في «الفائق»: «مِنْحَةُ الْوَرِقِ: الْقَرْضُ، وَمِنْحَةُ اللَّبَنِ: أَنْ يُعِيرَ أَخَاهُ نَاقَتَهُ، أَوْ شَاتَهُ فَيَحْتَلِبُهَا مَدَّةً ثُمَّ يَرُدُّهَا، وَمِنْهُ قَوْلُهُ ﷺ: «الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْفَائِقِ».

وَلَا أَنَّ الْعَارِيَّةَ تَبَرُّعٌ بِتَمْلِكِ الْمَنَافِعِ، وَالْمَنَافِعُ تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَإِنَّمَا يَتَمَلَّكُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِقَبْضِهَا حَالًا وَجُودِهَا، فَمَا لَمْ تُوجَدْ لَا يَحْصُلُ الْقَبْضُ، فَقَبْلَ الْقَبْضِ يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي التَّبَرُّعِ بِالْأَعْيَانِ، فَلَا أَنْ يَصِحَّ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي التَّبَرُّعِ بِالْمَنَافِعِ أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ^(٣) [٢-١] أَمَانَةٌ، إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ، لَمْ يَضْمَنْهَا)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤)، وَلَوْ شَرَطَ الضَّمَانُ فِي الْعَارِيَّةِ، هَلْ تَصَحُّ؟ فَالْمَشَايخُ مُخْتَلِفُونَ فِيهِ كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»^(٥).

(١) مضى تخريجه في الذي قبله.

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزَّمَخْشَرِيِّ [٣٨٩/٣].

(٣) سقط الترقيم الدخلي لهذه اللوحة سهواً، وإثبت في التي تليها.

(٤) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣٣].

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٧٧/٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ
فَيَضْمَنُهُ ، وَالِإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الْإِنْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيْمَا وَرَاءَهُ ، وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ
الرَّدِّ وَصَارَ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ .

❦ غاية البيان ❦

وقال في «خلاصة الفتاوى»^(١): رَجُلٌ قَالَ لآخر: «أَعْرِني ثوبَكَ ، فإن ضاع
فأنا له ضامنٌ ، قال: لا يَضْمَنُ» ، ونقله عن «المنتقى» .

وقال الشَّافِعِيُّ رحمته الله: الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ^(٢) . والخلافُ فيما إذا هلك في غير
حالة الانتفاع ، فأما إذا هلك في حالة الانتفاع ؛ لا يَضْمَنُ بالإجماع ، وهو الظاهرُ
مِن أقواله . كذا في «الطريقة البرهانية» المطوَّلة .

وقال في «شرح الطحاوي»^(٣): «ولو تعدَّى ضَمِنَ بالإجماع ؛ نحو أن يَحْمِلَ
عليها ما يُعْلَمُ أنها لا تَحْمِلُ مثله ، وكذا إذا استعملها ليلاً ونهاراً ، فيما لا تُسْتَعْمَلُ
فيه الدوابُّ في العُرْفِ والعادة فعَطِبَتْ ؛ ضَمِنَ قيمتها ؛ لأن العَارِيَّةَ الْمُطْلَقَةَ تَخْتَصُّ
بالعُرْفِ ، والمعروفُ بالعُرْفِ كالمشروطِ بالشرطِ واللفظِ»^(٣) .

وَجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: أَنَّهُ قَبَضَ مَالَ الْغَيْرِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ ، لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ ،
فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ ؛ وذلك لأن منفعة العينِ عائدةٌ
إلى المُسْتَعِيرِ ، ولكن لا باستحقاقٍ ؛ لأن الإِعَارَةَ تَبْرُعُ بالمنفعة لا بالعينِ ، والإِذْنُ
بِقَبْضِ العينِ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الْإِنْتِفَاعِ بِالعينِ ، والثابتُ بالضرورةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ
الضرورةِ ، فَيَظْهَرُ الإِذْنُ فِي حالة الانتفاع لا فيما عداه ، وفيما عداه يَكُونُ قَبْضًا بِغَيْرِ
حَقٍّ ، فَيَكُونُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ، بخلافِ الْمُودَعِ ، فإنه ما قَبَضَ الْوَدِيعَةَ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ ،

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣٦٣/ق] .

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١١٥/٧] ، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبخاري
[٢٨٠/٤] ، و«العزیز شرح الوجيز» للرافعي [٣٧٧/٥] .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٢٧١/ق] .

وَلَنَا: أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنِ التِّزَامِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لِمَتَمْلِكِ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عَوَضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالْقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِيهِ، وَالِإِذْنُ وَإِنْ ثَبَتَ

﴿حاشية البيان﴾

بل لمنفعة مالكه، فلا يضمن، وبخلاف المُستأجر، فإنه ^(١) قبض العين عن استحقاق، فلا يضمن.

ولنا: ما حدث ^(٢) صاحب «السنن»: بإسناده إلى عطاء بن أبي رباح، عن صفوان بن يعلى، عن أبيه، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا أَتَيْتَكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعًا، وَثَلَاثِينَ بَعِيرًا». قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَعَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ أَوْ عَارِيَّةٌ مُؤَدَّاءَةٌ؟ قَالَ: «بَلْ مُؤَدَّاءَةٌ» ^(٣). ذكره قُبَيْلُ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ، وَهُوَ صَفْوَانُ بْنُ يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ. كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وذكر الكرخي في كتاب [٢٥٢/٦م] الْوَدِيعَةِ من «مختصره» ^(٤): بإسناده إلى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «الْعَارِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَدِيعَةِ، لَا يَضْمَنُ صَاحِبُهَا إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى» ^(٥).

(١) وقع بالأصل: «فلأنه». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «وأما حديث». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) مضى تخريجه قريباً.

(٤) قد راجعنا نسختين من «مختصر الكرخي» فلم نجد فيهما هذه الأخبار مُسنَّدة! وإنما رأينا بعضها مُعلَّقة وحسب!

١ - أمَّا النسخة الأولى: فهي الممzuوجة بشرح أبي الفضل ركن الدين الكرماني [ق/٢٥٩ب/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب - والنسخة الثانية: هي الممzuوجة بشرح الإمام الكبير أبي الحسين القدوري [٣/ق/١٦٤ب/ مخطوط مكتبة رضا - رامبور/ الهند/ نقلًا عن مصوَّرات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

وقد مضى التنبيه: على أنه لا يكاد يوجد: «مختصر الكرخي» إلا ممzuوجًا بالشروح عليه! فلم يبقَ إلا ما كنَّا أبدَيْنَاهُ سابقًا من أن القدوري والكرماني كانا يتصرَّفان في عبارة الكرخي، فيأَيِّبان بالمعنى دون اللفظ، مع اختصارهما أسانيد الرجل في «مختصره»!

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٥]، عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

لِأَجْلِ الْإِنْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبِضَهُ إِلَّا لِلْإِنْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًّا ،

خاتمة البيان

وَحَدَّثَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا: عَنْ الرَّمَادِيِّ، عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ، عَنْ إِسْرَائِيلَ، عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ: أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام قَالَ: «لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ، إِنَّمَا هُوَ الْمَعْرُوفُ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ»^(١).

وذكر الكرخي أيضًا - في باب ما جاء في العارية -: وَعَنِ الشَّعْبِيِّ وَإِبْرَاهِيمَ، وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالْحَكَمِ وَحَمَّادٍ، وَعَنْ شُرَيْحٍ وَعَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عليه السلام: «أَنَّ صَاحِبَ الْعَارِيَّةِ مُؤْتَمَنٌ لَا يَضْمَنُ».

والفقه في المسألة: أن سبب الضمان لم يوجد، فلا يضمن.

والدليل على أن سبب الضمان لم يوجد: أن الموجود العقد والقبض، فلا يصلح العقد سببًا للضمان؛ لأنه عقد تبرع، والتبرع لا يصلح سببًا للضمان، وكذا القبض لا يصلح سببًا للضمان؛ لأنه حصل بإذن المالك؛ لأنه لو قال له: اقْبِضْ هذا، أَوْ قَالَ: أَذِنْتُ لَكَ بِقَبْضِهِ، والقبض الحاصل بإذن المالك لا يكون سببًا للضمان، ولهذا لم يكن سببًا للضمان في حالة الانتفاع، ولأن القبض في كونه سببًا للضمان دون الإتلاف، ثم الإتلاف إذا كان بإذن المالك لا يوجب الضمان، فكذا القبض بالإذن بالطريق الأول.

[٢- ظ] والجواب عن قوله: والإذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع.

قلنا: لَمَّا مَسَّتِ الْحَاجَةُ وَالضَّرُورَةُ إِلَى إظهارِ الإذنِ بالقبضِ في حالة الانتفاع؛ [مَسَّتِ الضَّرُورَةُ إِلَى إظهارِ الإذنِ بالقبضِ في غير حالة الانتفاع]^(٢)

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٥٣]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٨]، من طريق مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام به.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

وَأِنَّمَا وَجِبَ الرَّدُّ مُؤَنَّةً كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، لَا لِنَقْضِ الْقَبْضِ .

غاية البيان

أيضاً ، وهي حالة الإمساك ؛ لأن الإنسان إنما يَنْتَفِعُ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، كما يَنْتَفِعُ بِمِلْكٍ نَفْسِهِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِمِلْكٍ نَفْسِهِ دَائِمًا آناء الليل وأطراف النهار ، وإنما يَنْتَفِعُ سَاعَةً وَيُتَمَسِكُ أُخْرَى ، وَلَوْ انْتَفَعَ بِالْعَارِيَّةِ دَائِمًا يَضْمَنُ ، كما إذا رَكِبَهَا لَيْلاً وَنَهَاراً فِيمَا لَا يَكُونُ الْعُرْفُ كَذَلِكَ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَبْضَ فِي غَيْرِ حَالَةِ الْانْتِفَاعِ أَيْضاً مَأْذُونٌ ، فَلَا يُوجِبُ الضَّمَانَ .

والجوابُ عن المقبوض^(١) على سوم الشراء فنقول: وجب الضمان ثمةً بالعقد لا بالقبض ؛ لأنه عقدٌ مُعَاوَضَةٌ لَا عَقْدُ تَبَرُّعٍ .

فَإِنْ قُلْتَ: العقد معدوم لم يوجد بعد ، فكيف يقال: الضمان بالعقد ؟

قُلْتُ: العقد وإن كان معدوماً حقيقةً ، جُعِلَ موجوداً تقديرًا ؛ صيانةً لأموال الناس عن الضياع ، إذا لم يَرْضَ المالكُ بخروج ملكه مجاناً ؛ لأن القبض على سوم الشراء وسيلة إلى الشراء ، فَأُقِيمَ الوسيلةُ مقامَ الحقيقةِ نظرًا له ، إِلَّا أَنَّ الْأَصْلَ فِي ضَمَانِ الْعُقُودِ هُوَ الْقِيَمَةُ ؛ لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يُصَارُ عن الْقِيَمَةِ إِلَى الْمَسْمُومِ إِذَا وَجِدَ الْعَقْدُ حَقِيقَةً ، وَإِذَا لَمْ يَوْجَدْ حَقِيقَةً ؛ صِيرَ إِلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ .

قوله: (وَأِنَّمَا وَجِبَ الرَّدُّ مُؤَنَّةً كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، لَا لِنَقْضِ الْقَبْضِ) ، جوابٌ عن قوله: (وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ) .

معناه: أَنَّ الْخَصْمَ يَقُولُ: مَالٌ مَضْمُونٌ الرَّدِّ ، فَكَانَ مَضْمُونًا الْعَيْنِ [٢٥٢/٦ ط/م] كَالْمَغْصُوبِ ؛ فَقَالَ فِي جَوَابِهِ: الرَّدُّ مِنْ مُؤْنِ الْقَبْضِ الْوَاقِعِ لَهُ ، وَمَنْ حَصَلَ لِنَفْسِهِ نَفْعًا فَعَلَيْهِ مَثُونَتُهُ ، كَمَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ نَفَقَةُ الْعَارِيَّةِ ، فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ تَعَدِّيًّا فَلَا .

(١) وقع بالأصل: «عن القبول» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي الْعَقْدِ لَهُ
حُكْمُ الْعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ .

﴿ غاية البيان ﴾

على أَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ الْأَصْلُ مَنْقُوضٌ بِالْحَرْبِيِّ إِذَا غَصَبَ مَالُ الْمُسْلِمِ ، فَإِنَّهُ
مَضْمُونُ الرَّدِّ عِنْدَهُمْ ، وَلَيْسَ بِمَضْمُونِ الْعَيْنِ ، وَبِالْحَمَّالِ إِذَا اسْتُؤْجِرَ لِحَمْلِ الْعَيْنِ ؛
فَإِنَّهَا مَضْمُونَةُ الرَّدِّ دُونَ الْعَيْنِ ، وَبِالْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ إِذَا غُصِبَ ؛ فَإِنَّهُ مَالٌ مَضْمُونُ الرَّدِّ
غَيْرُ مَضْمُونِ الْعَيْنِ ، وَبِالْمَشْتَرِيِّ إِذَا قَبِضَ الْمَبِيعَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ .

وَالْمَعْنَى ^(١) فِي الْأَصْلِ: أَنَّهُ قَبِضَهُ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّيِّ ، فَكَانَ مَضْمُونًا ، وَفِي
مَسْأَلَتِنَا قَبِضَهُ ^(٢) بِإِذْنِ مَالِكِهِ ، لَا عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ وَالْوَثِيقَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا .
كَذَا فِي «مَخْتَصَرِ الْأَسْرَارِ» .

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي الْعَقْدِ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ) ، فَتَذَكَّرْ هُنَا السُّؤَالَ الَّذِي قُلْنَا:
فِي أَنَّ الْعَقْدَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ ، وَجَوَابُهُ قُبِيلَ هَذَا .

ثُمَّ لَمَّا الْعَقْدُ جُعِلَ مَوْجُودًا تَقْدِيرًا ، كَانَ لِلْقَبْضِ فِي الْعَقْدِ حُكْمُ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ
الْقَبْضَ مُؤَكَّدًا لِلْمِلْكِ ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ الْمَهْرُ أَوْ دَخَلَ فِيهِ عَيْبٌ ؛ كَانَ الْهَلَاكُ وَالْعَيْبُ
عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَوْ كَانَ الْهَلَاكُ أَوْ الْعَيْبُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ؛ كَانَ عَلَيْهَا .

فَعَلِمَ: أَنَّ الْقَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِابْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ قُبِيلَ بَابِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ،
وَذَكَرْنَا أَيْضًا فِي بَابِ خِيَارِ الْعَيْبِ .

قَوْلُهُ: (عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) ، يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ: (وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ
الشَّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ) ، أَي: عُرِفَ ذَلِكَ فِي نُسْخِ «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» ، وَكَوْنُ الْعَارِيَّةِ
أَمَانَةً أَوْ مَضْمُونَةً مُسْتَقْصَى فِي «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» ، وَقِيلَ: أَشَارَ بِهِ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»

(١) يعني: في المخصوص. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

(٢) وقع بالأصل: «مسألتنا قوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ أَجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ
الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا
يَصِحُّ إِلَّا لَازِمًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيْطٍ مِنَ الْمُعِيرِ، وَفِي وَقُوعِهِ لَازِمًا زِيَادَةً
ضَرَرٍ بِالْمُعِيرِ لِسَدِّ بَابِ الاسْتِزْدَادِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمِنَهُ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

إِلَى كِتَابِ الإِجَارَاتِ مِنَ «الْمَبْسُوطِ».

قال الحاكمُ الشهيدُ رحمهُمُ اللهُ في «مختصره» المسمَّى بـ«الكافي»: «رجلٌ استعار
مِنْ رَجُلٍ سِلَاحًا؛ لِيُقَاتِلَ بِهِ، فَضَرَبَ بِالسِّيفِ فَانْقَطَعَ نِصْفَيْنِ^(١)، أَوْ طَعَنَ بِالرَّمْحِ
فَانكَسَرَ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الكافي»، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ هَلَكَ مِنْ
عَمَلٍ مَأْذُونٍ فِيهِ، فَيَصِيرُ مَأْذُونًا [٤٥٥/٢] فِيهِ ضَرُورَةٌ.

وقال الولَوِالجِيُّ في «فتاواه»: «رجلٌ دَخَلَ الْحَمَّامَ، وَاسْتَعْمَلَ قِصَاعَ الْحَمَّامِ
فَانكَسَرَتْ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَخَذَ كُوزَ الْفُقَّاعِ^(٣) لِيَشْرَبَ، فَسَقَطَ وَانكَسَرَ؛
فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عَارِيَّةٌ فِي يَدِهِ»^(٤).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ أَجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)،
أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره»^(٥).

قال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصره» المسمَّى بـ«الكافي»: «وَإِذَا اسْتَعَارَ الرَّجُلُ

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «بِضْفَيْنِ». وَالْمُثَبَّتُ مِنْ: «ن»، «م»، «س». وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي: «مختصر
الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١/١٧٦/أ] مَخْطُوطٌ فِيضُ اللَّهِ أَفَنْدِي - تَرْكِيَا/ (رَقْمُ الْحِفْظِ: ٩٢٢).

(٢) يَنْظُرُ: «مختصر الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١/١٧٦/ق].

(٣) الْفُقَّاعُ: شَرَابٌ يُتَّخَذُ مِنَ الشَّعِيرِ، وَسُمِّيَ بِهِ: لِأَنَّهُ يَرْتَفِعُ فِي رَأْسِهِ وَيَعْلُوهُ مِنَ الزَّبَدِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ
بِذَلِكَ.

(٤) يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الْوَلَوِالجِيَّةُ» [٢٠/٣].

(٥) يَنْظُرُ: «مختصر القدوري» [ص/١٣٣].

حِينَ سَلَّمَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَارِيَةُ كَانَ غَضَبًا ، وَإِنْ شَاءَ الْمُعِيرُ ضَمِنَ
الْمُسْتَأْجِرُ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ [١٠٦/ط] لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ لَا
يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرٌ مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ
عَلَى الْمُوَاَجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الْغُرُورِ ، بِخِلَافِ مَا
إِذَا عَلِمَ .

غاية البيان

مِنَ الرَّجُلِ دَابَّةً عَلَى أَنْ يَذْهَبَ بِهَا حَيْثُ شَاءَ ، وَلَمْ يُسَمَّ مَكَانًا وَلَا وَقْتًا ، وَلَا مَا
يَحْمِلُ عَلَيْهَا ، فَذَهَبَ بِهَا إِلَى الْحِيرَةِ ، أَوْ أَمْسَكَهَا بِالْكُوفَةِ شَهْرًا يَحْمِلُ عَلَيْهَا ، أَوْ
يُؤَاجِرُهَا ؛ قَالَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، إِلَّا [٢٥٣/٦م] فِي الْإِجَارَةِ خَاصَّةً ،
فَإِنَّهُ حَيْثُ آجَرَهَا صَارَ ضَامِنًا ، وَيتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي» .

وذلك ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالِانْتِفَاعِ مُطْلَقًا ، وَالْمُطْلَقُ يَتَنَاوَلُ أَيَّ انْتِفَاعٍ شَاءَ ، وَإِلَيْهِ
التَّعْيِينَ بِفِعْلِهِ : إِنْ شَاءَ اسْتَعْمَلَهَا فِي الرُّكُوبِ ، أَوْ فِي الْحَمْلِ عَلَيْهَا ، وَأَيُّ ذَلِكَ فَعَلَ
لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَفْعَلَ غَيْرَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ إِذَا تَعَيَّنَ تَقَيَّدَ ؛ فَلَا يَبْقَى مُطْلَقًا بَعْدَ
ذَلِكَ ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ ، وَالْعَارِيَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، وَبِنَاءِ الْإِجَارَةِ
عَلَى الْجَائِزِ لَا يَجُوزُ .

وقد قال بعض أصحابنا : بَأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ ، وَتَنْعَقِدُ جَائِزَةً لَا لَازِمَةً . كَذَا
قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» ، ثُمَّ قَالَ
فِيهِ : «وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا تَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصُولِ أَصْحَابِنَا : أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا قِيَمَةَ
لَهَا ، وَإِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَمْلِكْ أَنْ يُؤَاجَرَ بِأَكْثَرِ مِمَّا
اسْتَأْجَرَ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَمَّا ظَهَرَتْ بِالشَّرْطِ ؛ اقْتَصَرَتْ عَلَى الْمَشْرُوطِ ، فَلَمْ تَتَقَوَّمْ فِيمَا
وَرَاءَهُ ، وَفِي الْعَارِيَةِ لَا شَرْطٌ ؛ فَلَا قِيَمَةَ فَلَمْ تَصَحَّ الْإِجَارَةُ .

(١) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١٧٦/ق] .

قَالَ: وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ .

غاية البيان

فإذا فعل ذلك وأجرها؛ صار بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا فعل ذلك يملك الأجرة، ويتصدق بها؛ لأنها حصلت بسبب خبيث، وهو استعمال مال الغير، فكان سبيله التصدق.

وقال في «تحفة الفقهاء»: «وليس للمستعير أن يؤاجر لما ذكرنا، فإن فعل فهو ضامن حين سلّمه إلى المستأجر، ويكُون المَعِيرُ بالخيار، إن شاء ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ، وإن شاء ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لوجود التعدي منهما، فإن ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ لم يَرْجِعْ على المُسْتَأْجِرِ؛ لأنه ملك العين بالضمان، فكأنه آجر ملك نفسه فهلك. وإن ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ: إن كان لا يَعْلَمُ أنه عَارِيَّةٌ؛ يَرْجِعْ على المُسْتَعِيرِ؛ لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل، فيكون غُرُورٌ، فأما إذا كان يَعْلَمُ: لا يَرْجِعُ؛ لأنه لا غُرُورٌ فيه، والرجوع بحكم الغرور»^(١).

وهذا مجمل ما أطلقه الكرخي رحمته الله في «مختصره» بقوله: «فأيّهما ضَمَّنَ: لم يَرْجِعْ على صاحبه». أعني: إنما لا يَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على المُسْتَعِيرِ إذا عِلِمَ أنها عَارِيَّةٌ. قوله: (قَالَ: وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(٢).

ولفظ محمد رحمته الله في «الجامع الصغير»: «عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمته الله: في رَجُلٍ استعار من رجلٍ دَابَّةً، ولم يُسَمِّ شيئا، قال: له أَنْ يُعِيرَهَا، وليس له أَنْ يُؤَاجِرَهَا، فَإِنْ آجَرَهَا فَعَطِبَتْ؛ فهو ضامن»^(٣). إلى هنا لفظه في أصل «الجامع الصغير».

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٧٩/٣].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا بَيْنَنَا مِنْ قَبْلِ،
وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا

﴿ غاية البيان ﴾

وَقَالَ فِي «مَخْتَصَرِ الْأَسْرَارِ»: «يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ، وَإِنْ شَرَطَ إِلَّا يُعِيرَ
إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُعَارُ مِمَّا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، مِثْلُ رَكُوبِ الدَّابَّةِ، وَلُبْسِ
الثَّوبِ، فَإِنَّهُ إِذَا شَرَطَ عَلَيْهِ إِلَّا يُعِيرَ؛ لَا يَجُوزُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ».

وَقَالَ فِي «شرح الأقطع» [٢٥٣/٦ ط ٢/م]: «قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ [٢/٤٥٥ ط]: لَا تَجُوزُ
إِعَارَةُ الْمُسْتَعِيرِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ^(١)» ^(٢).

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: هَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنْ الْإِعَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ
عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ: إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ، وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ
الْإِعَارَةَ فِيمَا يَتَفَاوَتُ النَّاسُ فِيهِ؛ كَالرَّكُوبِ وَاللُّبْسِ.

وَلَنَا: أَنْ ^(٣) لَفْظَةُ الْإِعَارَةِ لِلتَّمْلِكِ، أَلَا تَرَى أَنْ الْإِعَارَةَ تَتَعَقَّدُ بِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ:
مَلَكَتْكَ مَنْفَعَةُ هَذَا الْعَيْنِ شَهْرًا؛ تَتَعَقَّدُ إِعَارَةً، وَلَأَنَّ الْعَارِيَّةَ مِنَ الْعَرِيَّةِ، وَهِيَ
الْعَطِيَّةُ، فَكَانَتْ بِمَعْنَى التَّمْلِكِ، وَالْمَالِكُ لِلشَّيْءِ يَمْلِكُ التَّمْلِكِ فِيهِ بِقَدْرِ مَا مَلَكَ،
كَمَا فِي الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ.

وَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ قَابِلَةٌ لِلتَّمْلِكِ؛ لَصِحَّةِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ عَلَيْهَا، فَجُعِلَتِ الْإِعَارَةُ
لِلتَّمْلِكِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَمَسَّ إِلَيْهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ، كَمَا تَمَسُّ بِعَوَضٍ، وَلَأَنَّ التَّبَرُّعَ
بِالْمَنْفَعَةِ تَارَةً يَكُونُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ، وَتَارَةً بَعْدَ الْمَوْتِ بِالْوَصِيَّةِ، ثُمَّ لِلْمُوصَى لَهُ
أَنْ يُعِيرَ، فَكَذَلِكَ الْمُسْتَعِيرُ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْإِعَارَةَ فِيمَا يَتَفَاوَتُ

(١) والمذهب: هو عدم الجواز. وهو الصحيح. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٢٧/٧]. و«الوسيط

في المذهب» للغزالي [٣٦٧/٣]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٩٠/٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٤٢١/ق].

(٣) وقع بالأصل: «أنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مَعْدُومَةٌ ، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الْإِجَارَةِ لِلضَّرُورَةِ . وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالْإِبَاحَةِ هُنَا . وَنَحْنُ نَقُولُ : هُوَ تَمْلِكُكَ الْمَنَافِعُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الْإِعَارَةَ كَالْمَوْصِي

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

النَّاسُ فِيهِ مَطْلَقًا ، بَلْ لَهُ أَنْ يُعَيَّرَ إِذَا أَعَارَهُ مَطْلَقًا .

ثُمَّ الْعَارِيَّةُ - عَلَى مَا قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» - : عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا : أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الْوَقْتِ وَالْإِنْتِفَاعِ جَمِيعًا ، وَفِي هَذَا الْوَجْهِ : لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيَّ مَنْفَعَةٍ شَاءَ ، فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ ، عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ .

وَالثَّانِي : أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي الْوَقْتِ وَالْإِنْتِفَاعِ ، بِأَنْ قَيَّدَهُ بِيَوْمٍ ، وَعَيَّنَ نَوْعَ مَنْفَعَةٍ ؛ كَالْحَمَلِ وَالرَّكُوبِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ ذَلِكَ عَمَلًا بِالتَّقْيِيدِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ خِلَافًا إِلَى خَيْرٍ أَوْ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ ، فَحِينَئِذٍ لَا يَضْمَنُ .

وَالْخِلَافُ إِلَى خَيْرٍ ، كَمَا إِذَا شَرَطَ الْمُعِيرُ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمٍ حِنْطَةٍ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمٍ شَعِيرٍ أَوْ سِمْسِمٍ أَوْ أُرْزٍ أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْحَبُوبِ ؛ مِثْلُ : كَيْلِ الْحِنْطَةِ وَخِفَّتِهَا ؛ لَا يَضْمَنُ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرَطٍ يُفِيدُ اعْتِبَارَهُ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ لَمَّا رَضِيَ بِالْحِنْطَةِ ؛ كَانَ أَرْضَى بِمَا دُونَهَا .

وَفِي الْقِيَاسِ : يَضْمَنُ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّهُ مَخَالِفٌ ، وَالْخِلَافُ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ ، كَمَا إِذَا شَرَطَ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمٍ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمٍ ^(١) مِنْ حِنْطَةٍ غَيْرِهَا ، أَوْ شَرَطَ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً نَفْسَهُ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً غَيْرَهُ لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ مُفِيدًا ، وَهَذَا التَّقْيِيدُ لَا يُفِيدُ .

وَالثَّلَاثُ : أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي الْوَقْتِ ، مُطْلَقَةً فِي الْإِنْتِفَاعِ .

وَالرَّابِعُ : عَلَى الْعَكْسِ وَهُوَ : أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الْوَقْتِ ، مُقَيَّدَةً فِي الْإِنْتِفَاعِ ،

(١) الْمُخَاتِيمُ : جَمْعُ مَخْتَمٍ ، وَهُوَ مَكْيَالٌ مَعْرُوفٌ عِنْدَهُمْ . يَنْظُرُ : «طَلْبَةُ الطَّلَبَةِ» لِأَبِي حَفْصٍ النَّسْفِيِّ

لَهُ بِالْخِدْمَةِ، وَالْمَنَافِعِ أُعْتَبِرَتْ قَابِلَةً لِلْمِلْكِ فِي الْإِجَارَةِ فَتَجْعَلَ كَذَلِكَ فِي
الْإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ،

غاية البيان

ففي الوجهين: ليس له أن يتجاوز المسمى.

وفي مسألة «الجامع الصغير»: أطلق الوقت [١/٢٥٤/٦] والانتفاع، فلا يتقيدُ بشيءٍ منهما عملاً بالإطلاق، فإن شاء ركب بنفسه، وإن شاء حمل، وإن أعارَ غيره للحملِ جاز؛ لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل، والمستعير يملك الإعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه.

وإن أعاره للركوب: صح من حيث إنه تعيينٌ للانتفاع والمنتفع؛ لأن جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة، فإذا أعاره للركوب فقد عيّنت جهة الانتفاع والمنتفع، لا أنه تملك؛ لأن من استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره؛ لتفاوت الناس في الركوب، لكن لما أطلق كان تعيينُ الراكب مفوضاً إلى المستعير، فإذا عيّنه غيره تعيين، حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن، وإليه ذهب فخر الإسلام عليّ البرزدوي رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»، وتبعه الصدر الشهيد.

وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: «إنه لا يضمن، وهذا أصح عندني؛ لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس - لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه - فلا يضمن المستعير إذا ركبته بعد ذلك أو لبسه بالطريق الأولى؛ لأنه استعمله بالملك؛ لأنه لو لم يملك لما ملك غيره».

[١/٢٥٦/٢] ثم ذكر في الكتاب بعد ذلك: أن المستعير يملك الإعارة، ولا يملك الإجارة، ولم يذكر أنه هل يملك الإيداع قصداً، وقد اختلف المشايخ رحمه الله فيه.

قال بعضهم: يودع، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري، والصدر الأجل برهان الأئمة والد الصدر الشهيد.

وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ ؛ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ

❦ هاية البيان ❦

قال الصدرُ الشهيدُ في «شرح الجامع الصغير»: «وإليه أشار محمدٌ عليه السلام في آخرِ كتابِ العاريةِ ، فإنه قال: المُعِيرُ إذا وَجَدَ الدَّابَّةَ المُسْتَعَارَةَ في يَدِ رَجُلٍ يَزْعُمُ أنها ملكُهُ ، فهو خَصْمٌ ، وإن قال الذي في يديه: قد أودعَنيها فلانُ الذي أعَرَّتْها منه ؛ فليس بخَصْمٍ ، فهذا يَدُلُّ على أن للمُسْتَعِيرِ أن يُودِعَ ، وعليه الفتوى» .

قُلْتُ: هكذا وجدتُ هذه الروايةَ منصوصةً في آخرِ كتابِ العاريةِ من «الأصل»^(١) ، وفي «الكافي» للحاكمِ الشهيدِ أيضًا. وقال بعضهم: لا يُودِعُ قصداً ، كما لم يَثْبُتْ له قصداً .

وكان الشيخُ أبو الحسنِ الكرخيُّ عليه السلام يَقُولُ: «لا يَجُوزُ أن يُودِعَ ، واستدلَّ بمسألةٍ ذكرها في «الجامع الصغير» ، وهو: أن المُسْتَعِيرَ إذا بَعَثَ العاريةَ إلى صاحبها على يدِ أجنبيٍّ ، فهلكَتْ في يدِ الرسولِ ؛ ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ العاريةَ ، فليس ذلك إلا إيداعٌ منه . كذا في «شرح الطحاوي» رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى .

والحاصلُ: أن العاريةَ المطلقةَ تُعارُ ولا تُؤَاجَرُ ، وفي إيداعِها اختلافُ المشايخِ عليهم السلام ، والودِيعَةُ لا تُودَعُ ولا تُعارُ ولا تُؤَاجَرُ ، والشَيْءُ المُسْتَأْجَرُ يُعارُ ويُؤَاجَرُ ، وفي إيداعِها اختلافُ [٢٥٤/٦م] المشايخِ^(٢) . كذا في «شرح الطحاوي» .
قوله: (إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ) ، وذلك مثْلُ خدمةِ العبدِ ، وزراعةِ الأرضِ ، وسكْنَى الدارِ ، وحَمْلِ الدَّابَّةِ .

أما الركوبُ واللُّبْسُ: فَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ .

قوله: (وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ ؛ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٦١/٨ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبغاني [٢٧١/ق] .

عَنِ الْمُعِيرِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ .
قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ : وَهَذَا إِذَا صَدَرَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً . وَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ
أَوْجُهٍ :

أَحَدُهَا : أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الْوَقْتِ وَالْإِنْتِفَاعِ وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ
أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ .
وَالثَّانِي : أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلًا
بِالتَّقْيِيدِ إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ خَيْرٌ مِنْهُ وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الْحِنْطَةِ ^(١) .
وَالثَّالِثُ : أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الْوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ .

غاية البيان

عَنِ الْمُعِيرِ .

جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بِأَنْ يُقَالَ : لَوْ كَانَتِ الْعَارِيَّةُ تَمْلِكَا ؛ لَمْ يَتَفَاوَتْ حُكْمُ
إِعَارَةِ الْمُسْتَعِيرِ فِيمَا يَتَفَاوَتْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ أَوَّلًا ، فَأَجَابَ عَنْهُ بِهَذَا .
قَوْلُهُ : (وَهَذَا إِذَا صَدَرَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً) ، أَيِ : صَحَّةِ إِعَارَةِ الْمُسْتَعِيرِ فِيمَا إِذَا
كَانَتِ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً عَنِ الْوَقْتِ وَالْإِنْتِفَاعِ .

قَوْلُهُ : (وَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ) ، أَيِ : صُدُورِ الْإِعَارَةِ مِنَ الْمُعِيرِ .
قَوْلُهُ : (إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ خَيْرٌ مِنْهُ) ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَيَانَ الْمِثْلِ
وَالْخَيْرِ ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَعَارَ دَابَّةً إِنْسَانًا عَلَى أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ
مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا آجُرًا أَوْ حَدِيدًا أَوْ حَجَرًا ، مِمَّا يَكُونُ أَثْقَلُ لظَهْرِ الدَّابَّةِ ،
أَوْ أَعْقَرُ حَتَّى عَطِبَتِ الدَّابَّةُ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَمَلَ عَلَيْهَا حَطْبًا أَوْ
خَشَبًا أَوْ شَيْئًا مِمَّا يَشُقُّ عَلَى الدَّابَّةِ ^(٢) . كَذَا فِي «شرح الطحاوي» ﷺ .

(١) زاد بعده في (ط) : «والشعير خير من الحنطة إذا كان كَيْلًا» .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٧٢] .

وَالرَّابِعُ: عَكْسُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ، فَلَوْ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمَّ شَيْئًا لَهُ أَنْ يَحْمَلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَا يَتَفَاوَتْ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكَبَ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ فَلَهُ أَنْ يُعَيَّنَ، حَتَّى لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكَبَ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَوْ أُرْكَبَ غَيْرُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ

غاية البيان

قوله: (وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الْحِنْطَةِ)، يعني: لَا يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْحِنْطَةُ الْمَحْمُولَةُ حِنْطَةً الْمُسْتَعِيرِ^(١) أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ حِنْطَةً عَيْنَهَا الْمُعِيرُ أَوْ غَيْرُهَا، بَعْدَ أَنْ تَكُونَ بِذَلِكَ الْقَدْرِ.

قال في «شرح الطحاوي»: «ولو حملَ عليها مِنَ الْحِنْطَةِ أَكْثَرَ مِمَّا سَمَّى لَهُ مِنَ الْقَدْرِ فَعَطِبَتْ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ: إِنْ زَادَ زِيَادَةً لَا تُطِيقُ حَمْلَهَا مِثْلُ تِلْكَ الدَّابَّةِ؛ ضَمِنَ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا، وَإِنْ زَادَ عَلَيْهَا زِيَادَةً تُطِيقُ حَمْلَهَا ضَمِنَ مِنْ قِيَمَتِهَا بِإِزَاءِ الزِّيَادَةِ، نَحْوُ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا أَحَدَ عَشَرَ مَخْتِومًا فَعَطِبَتْ، ضَمِنَ مِنْ قِيَمَتِهَا جُزْءًا مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا»^(٢). وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكَبَ غَيْرُهُ).

قال في «شرح الطحاوي»: «وإن ركبَ بنفسِهِ، وأركبَ^(٣) غَيْرَهُ فَعَطِبَ؛ ضَمِنَ نِصْفَ قِيَمَةِ الدَّابَّةِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ فِي النِّصْفِ، إِلَّا إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ بِحَالٍ يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تُطِيقُ [٤٥٦/٢] حَمْلَهُمَا جَمِيعًا، فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَضْمَنُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا»^(٤).

قوله: (لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ)، أي: الدَّابَّةُ، وتذكيرُ الضميرِ على تأويلِ الحيوانِ

(١) وقع بالأصل: «حِنْطَةُ الشَّعِيرِ». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٢٧٢/ق].

(٣) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النسخ: «وأردف». بدل: «وأركب». وهو الموافق لما وقع في: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٢٧٢/ق].

حَتَّى لَوْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الْإِرْكَابُ .

﴿ هاية البيان ﴾

أو الحمار أو البغل أو البعير .

قوله: (حَتَّى لَوْ فَعَلَ ضَمِنَهُ) ، أي: لو ركب المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ بعد أن أركبها غيره فَعَطِبَتْ ؛ ضَمِنَهَا ، وهذا هو الذي ذهب إليه فخر الإسلام ، واختيارنا ما ذهب إليه شيخ الإسلام خَوَاهِرُ زَادَهُ ﷺ ، وقد مرَّ ذلك .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأَسِينَجَابِيُّ ﷺ في «شرح الكافي» للحاكم [٢٥٥ م/١] الشهيد: «وإن استعارها إلى مكانٍ مُعَيَّنٍ ، فجاوَزَ ذلك المكانَ ؛ فهو ضامنٌ ؛ لأن الأمر قد انتهى ببلوغ ذلك المكانِ ، فَلَزِمَهُ الرَّدُّ إلى المالكِ ، فإذا جاوز فقد تركَ الرَّدَّ الواجبَ ، فَيَكُونُ غَاصِبًا فَيُضْمَنُ ، فإن عاد إلى ذلك المكانِ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ ؛ لأنه عاد بعد انتهاء العقدِ ، فلا يَبْرَأُ إلا بالردِّ إلى المالكِ» .

ثم قال شيخ الإسلام: «هذا إذا استعارها ذاهبًا لا جائيًا ، فلو استعارها ذاهبًا وجائيًا فجاوَزَ ذلك المكانَ ثم عاد إليه ، فقد رُوِيَ عن أبي حنيفة: أنه يَبْرَأُ عن الضَّمانِ ؛ لأن يده في هذا المكانِ يدُ المالكِ ، فقد رَدَّها إلى يدِ المالكِ مَعْنَى^(١) ، فصار كما لو رَدَّها صورةً ، كَالْمُودَعِ إذا رَدَّ الْوَدِيعَةَ إلى المكانِ الذي أمره المالكُ بالحفظِ فيه ، أليس أنه يَبْرَأُ عن الضَّمانِ ؟ كذلك ههنا» .

ثم قال شيخ الإسلام المذكورُ: «والصحيحُ أنه لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ ، بخلافِ الْوَدِيعَةِ ؛ لأن المُبْرَأَ عن الضَّمانِ هو الرَّدُّ إلى المالكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، ويدُ المُسْتَعِيرِ يدُ نفسه مِنْ وَجْهِ ، بخلافِ الْمُودَعِ ؛ لأن يده يدُ المالكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فافتَرقا ، وكذلك لو استعارها إلى مكانٍ ، فركبها إلى مكانٍ آخرٍ مثله ؛ صار ضامنًا ؛ لأنه فعلَ بغيرِ إِذْنِ المالكِ» .

(١) وقع بالأصل: «يعني» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

قَالَ: وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ، وَالِدَّنَانِيرِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ: قَرْضٌ؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ، وَلَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا فَاقْتَضَى تَمْلِكُ الْعَيْنِ ضَرُورَةً وَذَلِكَ بِالْهَبَةِ أَوْ الْقَرْضِ، وَالْقَرْضُ أَذْنَاهُمَا

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ، وَالِدَّنَانِيرِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ: قَرْضٌ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الْكَافِي»: «وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالِدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ: قَرْضٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ عَدَدًا، مِثْلُ: الْجَوْزِ وَالْبَيْضِ»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي».

وَكَذَلِكَ الْأَقْطَانُ، وَالصُّوفُ، وَالْإِبْرَيْسَمُ، وَالْمِسْكُ، وَالْكَافُورُ، وَسَائِرُ مَتَاعِ الْعِطْرِ، وَالصَّيَادِلَةُ^(٣) الَّتِي لَا تَقَعُ الْإِجَارَةُ عَلَى مَنَافِعِهَا قَرْضٌ كَذَلِكَ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤): وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهَا، وَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِلَّا بِإِتْلَافِ الْعَيْنِ، فَاقْتَضَى تَمْلِكُ الْعَيْنِ لَا مُحَالَةً، ثُمَّ تَمْلِكُ الْعَيْنُ بِلَا عَوَضٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِسَبِيلِ الْقَرْضِ، أَوْ الْهَبَةِ، وَالْقَرْضُ أَذْنَاهُمَا فِي التَّمْلِكِ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ رَدَّ الْمِثْلِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ، فَيُثَبِّتُ الْقَرْضُ مَرَادًا لِكَوْنِهِ مَتِيقَنًا.

وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْعَارِيَّةِ: وَجوبُ رَدِّ الْعَيْنِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْعَيْنِ، [وَقَدْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا صُورَةً بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْعَيْنِ]^(٥)، فَيُصَارُ إِلَى رَدِّهَا مَعْنَى،

(١) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٢) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٥٩].

(٣) الصَّيَادِلَةُ: جَمْعُ الصَّيْدَلَايِيِّ. وَهُوَ الْعَطَارُ وَنَحْوُهُ مِنْ أَصْحَابِ الْعَقَاقِيرِ الطَّبِيَّةِ. يَنْظُرُ: «الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ» [٥٢٥/١].

(٤) يَنْظُرُ: «الْإِيضَاحُ» لِلْكَرْمَانِيِّ [ق/٢٠٩].

(٥) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

فَيَنْبُتْ ، أَوْ لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الْإِعَارَةِ [١٠٧/١] الْإِنْتِفَاعَ وَرَدَّ الْعَيْنِ فَأُقِيمَ رَدُّ الْمِثْلِ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

وهو تفسير القرض ، وهذا إذا أطلق العارية .

فَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّ الْجِهَةَ: كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ الدَّرَاهِمَ ، أَوْ الدَّنَانِيرَ ؛ لِيُعَايَرَ بِهَا مِيزَانًا [٢٥٥ م/٢] ، أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا ، أَوْ يَتَجَمَّلُ بِهَا ، أَوْ لغير ذلك مما [لا] ^(١) يَتَلَفُ بِهِ عَيْنُهَا ؛ لَا يَكُونُ قَرْضًا ، بَلْ تَكُونُ عَارِيَّةً تُمْلِكُ بِهَا الْمَنْفَعَةُ الْمَسْمُوءَةَ دُونَ غَيْرِهَا ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا عَلَى وَجْهِ آخَرَ غَيْرِ مَا سَمَّاهُ .

ولهذا قال الحاكم في «الكافي»: «وإن استعار آنيةً يتجمل بها في منزله ، أو سيفًا محليًا أو منطقةً مفضضةً أو خاتماً ؛ لم يكن شيءٌ من هذا قرضًا» . إلى هنا لفظه رحمه الله ، وذلك لأنه أمكن العمل بحقيقة الإعارة ، وهو تملك المنفعة مع بقاء العين على ملكه ؛ لأنه يتجمل بهذه الأشياء ، والتجمل بالمال نوع انتفاع ^(٢) .

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «ولو قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد ، فأخذها وأكلها ؛ فعليه [٥٧/٢] مثله ، أو قيمته ، وهو قرضٌ ، إلا إذا كان بينهما مباسطة ، يكون ذلك دليل الإباحة» ^(٣) .

وفي «العيون»: «قال خلف بن أيوب: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعةً ^(٤) يرقع بها قميصه ، أو خشبًا يَدْخِلُهُ فِي بِنَائِهِ ، قال: لَا يَكُونُ هَذَا عَارِيَّةً ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِذَلِكَ كُلِّهِ ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَرْضِ ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ عَلَيْكَ ؛ فَهُوَ عَارِيَّةٌ» ^(٥) .

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١٥٩/ق] .

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣٦٢/ق] .

(٤) الرُقْعَةُ: مَا يُرْقَعُ بِهِ الْخِرْقُ أَوْ الْقَطْعُ . ينظر: «المعجم الوسيط» [٣٦٥/١] .

(٥) ينظر: «عيون المسائل» لأبي الليث السمرقندي [ص/٣٤٤] .

مَقَامُهُ ، قَالُوا: هَذَا إِذَا أَطْلَقَ الْإِعَارَةَ .

أَمَّا إِذَا عَيَّنَ الْجِهَةَ بِأَنْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزِينُ بِهَا دُكَّانًا لَمْ يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الْمَنْفَعَةُ الْمُسَمَّاةُ ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًى يَتَقَلَّدُهُ .

قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا ، أَوْ لِيَغْرِسَ جَارَ ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (هَذَا إِذَا أَطْلَقَ) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (وَعَارِيَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ قَرْضٌ) .

قَوْلُهُ: (لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا)^(١) ، أَي: لِيُسَوِّيَ بِهَا .

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «لِيُعِيرَ بِهَا»^(٢) . وَلَيْسَ ذَلِكَ بِصَوَابٍ . كَذَا فِي «الصحاح»^(٣) .

قَالَ فِي «المغرب»: «عَايَرْتُ الْمَكَائِلَ وَالْمَوَازِينَ: إِذَا قَايَسْتَهَا ، وَالْعِيَارُ: الْمِيعَارُ الَّذِي يُقَاسُ بِهِ غَيْرُهُ وَيُسَوَّى»^(٤) .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا ، أَوْ لِيَغْرِسَ جَارَ ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ

(١) هذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرخنياني [٢٢٠/٣] . وهو المثبت في النسخة التي بخط المؤلف من «الهداية» [٢/ق/١٠٧/أ] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا ، وفي نسخة القسطنطينوي من «الهداية» [٢/ق/١٠٤/أ] مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي - تركيا ، وفي نسخة القاسمي من «الهداية» [ق/٢١٩/أ] مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا - تركيا ، وكذا في نسخة البايسوني من «الهداية» [ق/٢٥٧/أ] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا . وفي نسخة الأزركاني من «الهداية» [٢/ق/١٠٥/أ] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا .

(٢) هذا لفظ الشَّهْرَكَندِي فِي نُسخته (المقروءة على أكمل الدين الباهري) من «الهداية» [ق/١٢٢/أ] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا . وكذا وقع في نسخة نصر الله الحنفي من «الهداية» [٢/ق/٩١/أ] مخطوط مكتبة جامعة برنستون - أمريكا / (رقم الحفظ: ٣٥٩٤) .

(٣) وعبارته: «يقال: عايروا بين مكاييلكم وموازينكم . ولا ثقل: عيروا» . ينظر: «الصحاح في اللغة» للجوهري [٢/٧٦٤/مادة: عير] .

(٤) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [٢/٩٢] .

فِيهَا ، وَبُكِّلْفُهُ قَلْعُ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ .

هـاية البيان

فِيهَا ، وَبُكِّلْفُهُ قَلْعُ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره». وتماثمه [فيه] ^(١): «فإن لم يَكُنْ وَقْتُ الْعَارِيَّةِ: فلا ضَمَانَ عليه، وإن كان وَقْتُ الْعَارِيَّةِ: فرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ؛ ضَمَنَ الْمُعِيرُ ما نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ بِالْقَلْعِ» ^(٢). إلى هنا ترتيبُ لَفْظِ «المختصر».

أما جوازُ الإِعَارَةِ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ: فلأنَّ ذلكَ منفعةٌ معلومةٌ، يُمكنُ استيفاءُها بالإِجَارَةِ، فجازَ استيفاءُها بِالْعَارِيَّةِ كَالسُّكْنَى.

وأما جوازُ الرجوعِ: فلأنَّ المنافعَ تُملكُ شيئاً فشيئاً، فجازَ الرجوعُ فيما لم يُقبَضْ، فإذا جازَ الرجوعُ؛ لَزِمَ المُستَعِيرُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ؛ لأنه شَغَلَ مِلْكَ الْغَيْرِ بذلك، فيَلْزَمُهُ إِزَالَتُهُ، ثم إذا لم تَكُنِ الْعَارِيَّةُ مُوقَّتَةً؛ لا ضَمَانٌ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ.

قال الحاكمُ الشهيدُ: «وقال ابنُ أبي لَيْلَى: البناءُ لِلْمُعِيرِ، وَيُضَمَّنُ قِيَمَتُهُ» ^(٣). كذا ذَكَرَ فِي «الكافي».

وقال فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «وعلى قولِ مالِكٍ: له أن يَتْرَكَ الْبِنَاءَ، وَالْغَرْسَ عَلَيْهِ، وَيُضَمَّنُهُ الْقِيَمَةَ».

وقال [١/٢٥٦/٦م] في «شرح الأقطع»: «وقال الشَّافِعِيُّ رحمهُ الله: إذا أُطْلِقَ الْعَارِيَّةُ؛ فليس له أن يَقْلَعَ إِلَّا بِشَرْطِ الضَّمَانِ، وكذلك إن كانت مُوقَّتَةً، فمَضَتْ الْمُدَّةُ، وكذلك الْإِجَارَةُ إذا انقَضَتْ لا يَلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرَ الْقَلْعُ إِلَّا بِشَرْطِ الضَّمَانِ» ^(٤).

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» للأقطع [ق/٤٢٢].

.....

هـاية البيان

وَجْهٌ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: أَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ، فَلَوْ سَلَّطْنَاهُ عَلَى الْقَلْعِ؛ لَأَضَرَّرْنَا بِهِ مِنْ غَيْرِ سَابِقَةٍ تَعَدُّ، وَفِيهِ تَغْرِيرٌ بِالْمُسْلِمِينَ، فَلَا يَجُوزُ.

وَأَنَا نَقُولُ: إِنَّ الْمُسْتَعِيرَ اغْتَرَّ بِنَفْسِهِ وَلَمْ يَغْرَهُ الْمُعِيرُ؛ لِأَنَّهُ بَنَى عَلَى عَقْدٍ جَائِزٍ، لَا عَلَى عَقْدٍ لَازِمٍ، وَظَنَّ أَنَّ الْمُعِيرَ يَتْرُكُهَا فِي يَدِهِ مَدَّةً طَوِيلَةً.

أَمَّا إِذَا كَانَ وَقْتُ الْعَارِيَّةِ، فَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ؛ ضَمِنَ الْمُعِيرُ نَقْصَانَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ بِالْقَلْعِ. كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ غَرَّهُ حِينَ وَقَّتَ لَهُ وَقْتًا، فَرَجَعَ قَبْلَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الظَّاهِرَ: أَنَّهُ يَفِي بِمَا وَعَدَ، فَلِذَلِكَ ضَمِنَ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ بْنِ الْبَغْدَادِيِّ: «وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْأَرْضِ فِي الْقَلْعِ، فَأَمَّا إِنْ أَضَرَّ بِهَا: فَالْخِيَارُ لِرَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ هُوَ الْمَتْبُوعُ، وَالْبِنَاءُ تَابِعٌ، وَفِي إِزَالَتِهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيَمَتَهُ، وَيَكُونُ لَهُ.

وَأَمَّا جَازٍ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْوَقْتِ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مُقْتَضَاهَا الرَّجُوعُ، فَلَا يُغَيِّرُهُ التَّوَقُّيْتُ، وَلَكِنْ يُكْرَهُ الرَّجُوعُ؛ لِئَلَّا يُلْزَمَ الْخُلْفُ فِي الْوَعْدِ، وَذَلِكَ مَكْرُوهٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(١)...».

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «فَإِنْ كَانَ وَقْتُ لَهُ وَقْتًا، ثُمَّ أَخْرَجَهُ قَبْلَ الْوَقْتِ، قَالَ: يَضْمَنُ رَبُّ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيَمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ، وَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يَضْمَنَهُ قِيَمَتَهُمَا، فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ» [٤٥٧/٢ ط^(٢)]. إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي». وَذَلِكَ لِأَنَّهُ غَرَّهُ، حَيْثُ أُطْلِقَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ مَدَّةً مَعْلُومَةً، وَلِلْمَغْرُورِ أَنْ يَذْفَعَ الضَّرَرَ عَنْ نَفْسِهِ بِالرَّجُوعِ عَلَى الْغَارِ.

(١) مَضَى تَخْرِيجُهُ.

(٢) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١٥٩/ق].

أَمَّا الرَّجُوعُ فَلَمَّا بَيَّنَّا ، وَأَمَّا الْجَوَازُ فَلِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ تُمَلِّكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا
بِالْإِعَارَةِ . وَإِذَا صَحَّ الرَّجُوعُ بَقِيَ الْمُسْتَعِيرُ شَاغِلًا لِأَرْضِ الْمُعِيرِ فَيَكْلُفُ تَفْرِيفَهُ .
ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقْتُ الْعَارِيَةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مُعْتَرٌّ غَيْرَ
مَعْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الْوَعْدُ .

غاية البيان

وقال الحاكم في «مختصره»: «وإن كان أعاره الأرض ليزرعها ، ووقت لذلك
وقتا أو لم يوقت ، فلما تقارب حصاؤه ، أراد أن يخرججه . قال: استحسِنُ ألا يأخذه
حتى يحصد الزرع» .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسننجابي رحمته الله في «شرح الكافي»: «والقياس
في ذلك مثل الغرس والبناء ؛ لأنه انتهى العقد ، فكان له حق التفريغ .

وجه الاستحسان: أنا لو أمرناه بالقلع ؛ لأضررنا به من غير نفع يعود إلى
المالك ، ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود إلى المالك ؛ لأننا نُبقي به بأجرة ،
والجمع بين الحَقَّين أولى .

بخلاف النخل ؛ لأنه ليس لإدراكه غاية معلومة ، فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة
أرضه ، أمّا هذا: فلا إدراكه غاية معلومة ، حتى لو كان الغراس للبيع والنقل ، لا
للاستبقاء^(١) [٢٥٦/١ م] ؛ كان الحكم فيه كالحكم في الزرع ، بخلاف الغاصب ،
حيث يُؤمر بقلع الزرع إذا زرع الأرض ؛ لأنه جانٍ في الابتداء ، وقد مسّت الحاجة
إلى رفع العدوان ، وههنا بخلافه . كذا في «شرح الكافي» .

قوله: (أَمَّا الرَّجُوعُ فَلَمَّا بَيَّنَّا) ، إشارة [إلى]^(٢) ما ذكر من الدليل المعقول
والمنقول عند قوله: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ) .

(١) في «غ»: «للاستيفاء» .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» .

وَإِنْ كَانَ وَقْتُ الْعَارِيَةِ ، وَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا قُلْنَا وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ خَلْفِ الْوَعْدِ .

وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتْ لَهُ ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ . كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي : « الْمُخْتَصَر » .

وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يَضْمَنَّهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُلْكُهُ .

﴿ غاية البيان ﴾

قَوْلُهُ : (وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ) ، أَي : نَقْصَانُ الْبِنَاءِ ، عَلَى أَنْ « مَا » مَصْدَرِيَّةٌ ، وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مَوْصُولَةً بِمَعْنَى : « الَّذِي » ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ مَنْصُوبَيْنِ ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونَانِ مَرْفُوعَيْنِ ، وَالْغَرْسُ يُرَوَى بِالْفَتْحِ عَلَى إِرَادَةِ الْمَغْرُوسِ وَبِالْكَسْرِ وَهُوَ ظَاهِرٌ .

قَوْلُهُ : (وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ) ، هُوَ أَبُو الْفَضْلِ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ السُّلَمِيُّ الْمَرْوَزِيُّ صَاحِبُ التَّصَانِيفِ ، مِنْ عُلَمَائِنَا الْمُتَقَدِّمِينَ ، مُصَنِّفُ « الْكَافِي » و« الْمُنْتَقَى » وَغَيْرُ ذَلِكَ .

وَقَدْ رَوَى فِي « الْمُنْتَقَى » : عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ رُسْتَمَ ، عَنْ نُوحِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ الْمَرْوَزِيِّ قَالَ ^(١) : سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ : مَنْ أَهْلُ الْجَمَاعَةِ ، فَقَالَ : مَنْ فَضَّلَ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ وَأَحَبَّ عَلِيًّا وَعُثْمَانَ ، وَلَمْ يُحَرِّمْ نَبِيذَ الْجَرِّ ، وَلَمْ يُكْفَرْ أَحَدًا بِذَنْبٍ ، وَرَأَى الْمَسْحَ عَلَى الْخَفَيْنِ ، وَآمَنَ بِالْقَدَرِ خَيْرَهُ وَشَرَّهُ مِنَ اللَّهِ ، وَلَمْ يَنْطِقْ فِي اللَّهِ بِشَيْءٍ . وَاسْتُشْهِدَ الْحَاكِمُ فِي شَهْرِ رَبِيعِ الْآخِرِ سَنَةِ أَرْبَعٍ وَثَلَاثِينَ وَمِئَتَيْنِ .

(١) وقع بالأصل : « قالت » . والمثبت من : « ن » ، « م » ، « ج » ، « غ » ، « س » .

قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ ضَرَرٌ بِالْأَرْضِ فَالْخِيَارُ إِلَى رَبِّ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ .

وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّى يُحْصِدَ الزَّرْعَ وَقَتَ أَوْ لَمْ يُوقَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَآيَةً مَعْلُومَةً ، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقِّينِ ، بِخِلَافِ الْغَرَسِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَآيَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيَقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَالِكِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (قَالُوا) ، أَي: قَالَ الْمَتَأَخَّرُونَ ، يَعْنِي: هَذَا الَّذِي قَالَهُ الْقُدُورِيُّ مِنْ صَمَانِ الْمُعِيرِ نَقْصَانَ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ ، فِيمَا إِذَا لَمْ يَلْحَقِ الْأَرْضَ ضَرَرٌ بِسَبَبِ الْقَلْعِ ، أَمَّا إِذَا أَضَرَّ بِهَا ، فَقَالَ الْمَتَأَخَّرُونَ: فَالْخِيَارُ لِرَبِّ الْأَرْضِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْغَرَسَ وَالبِنَاءَ بِالضَّمَانِ ، وَإِنْ شَاءَ رَضِيَ بِالْقَلْعِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ هُوَ الْمَتْبُوعُ .

قَالَ فِي «شرح الطحاوي»: «ولو كان الأرض بناءً ، أو غرسً ، أو كرومً ؛ فإنه يُجْبَرُ الْمُسْتَعِيرُ عَلَى قَلْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمُعِيرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَهُ ، فَكَانَ فِي التَّرْكِ مَضَرَّةٌ لِلْمُعِيرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْقَلْعِ مَضَرَّةٌ بِالْأَرْضِ ، وَيَدْخُلُ فِيهَا نَقْصَانٌ ، فَإِنَّهَا تُتْرَكُ بِقِيَمَتِهَا مَقْلُوعَةً غَيْرَ قَائِمَةٍ إِذَا طَلَبَ الْمُعِيرُ ذَلِكَ»^(١) .

قَوْلُهُ: (حَتَّى يُحْصِدَ الزَّرْعَ) ، قِيلَ: يَبْغِي أَنْ يُرَوَّى عَلَى بِنَاءٍ الْمَفْعُولِ مِنَ الثَّلَاثِيِّ الْمَجْرَدِ ، وَالْأَصَحُّ أَنْ يُرَوَّى: بِكسْرِ الصَّادِ مِنَ الْإِحْصَادِ ، يَقَالُ: أَحْصَدَ الزَّرْعُ ؛ إِذَا حَانَ حَصَادُهُ ؛ بِدَلِيلِ مَا رُوِيَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الكافي»^(٢) و«شرح الطحاوي»^(٣) فِي هَذَا الْمَوْضِعِ: «حَتَّى يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ» .

قَوْلُهُ: (مُرَاعَاةُ الْحَقِّينِ) ، أَي: حَقُّ الْمُعِيرِ وَالْمُسْتَعِيرِ ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتْرُكُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٧٢] .

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩] .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٧٢] .

قَالَ: وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ قَبِضَهُ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ وَالْأُجْرَةُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَلَيْهِ.

وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤَجَّرِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ [١٠٧/ظ] الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجَّرِ مَعْنَى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤَنَّةُ رَدِّهِ.

غاية البيان

الأرض في يدِ المُستَعِيرِ بأجرِ المثل؛ لئَلَّا تَقُوتَ منفعةُ الأرضِ مجَّانًا وَلَا يَتَلَفَ زَرْعُ الْآخِرِ أَيْضًا، فَيَعْتَدِلَ النَّظَرُ [٢/٥٨٨و] مِنَ الْجَانِبَيْنِ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ إِذَا انْقَضَتِ الْمَدَّةُ، وَلَمْ [٦/٢٥٧و] يُذْرِكِ الزَّرْعَ بَعْدُ، يُتْرَكُ الزَّرْعُ بِالْأَجْرِ؛ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ، كَذَا هُنَا.

قوله: (قَالَ: وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ [فِيهِ] ^(١): «وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤَاجِرِ، وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمَغْضُوبَةِ عَلَى الْغَاصِبِ» ^(٢). إِلَى هُنَا تَرْتِيبُ لَفْظِ «الْمَخْتَصَرِ»، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ، وَرَدُّ الْعَارِيَّةِ وَاجِبٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، فَتَكُونُ مُؤَنَّةٌ عَلَيْهِ، وَهِيَ الْأَجْرُ. أَمَّا الرَّدُّ: فَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ فَحَسْبُ، وَالرَّدُّ زِيَادَةٌ عَلَيْهِ، فَلَا تَكُونُ مُؤَنَّةٌ عَلَيْهِ، كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ لَمَّا لَمْ يَلْزَمْ الْمُودَعُ إِلَّا التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ. فَكَذَا هُنَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ تَحَقَّقَتْ لِلْمُؤَاجِرِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى؛ لِأَنَّهُ سَلِمَ لَهُ مَا شُرِطَ مِنْ أُجْرَةِ الْعَيْنِ، فَلَا تَكُونُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ.

وَأَمَّا أُجْرَةُ رَدِّ الْمَغْضُوبِ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ رَفْعًا لِلْعُدْوَانِ، وَإِزَالَةً لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَالِكِ، فَإِذَا كَانَ الرَّدُّ وَاجِبًا عَلَيْهِ؛ كَانَتْ أُجْرَةُ الرَّدِّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ج»، وَ«غ»، وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

وَأُجْرَةٌ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ
وَالْإِعَادَةُ إِلَى يَدِ الْمَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَيَكُونُ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِ .

قَالَ : وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبَلٍ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ ؛ لَمْ يَضْمَنْ وَهَذَا
اسْتِحْسَانٌ ، وَفِي الْقِيَاسِ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مَا رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا بِلِ ضَيْعِهَا .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

مُؤَنَّةُ الرَّدِّ .

قَالَ فِي «شرح الطحاوي» للإمام الأَسْبِجَابِيُّ : «وَعَلَفَ الدَّابَّةَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ،
سِوَاءُ كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُقَيَّدَةً ، وَكَذَلِكَ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَفِي الْمَغْصُوبِ
مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَفِي الْوَدِيعَةِ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَفِي الْمُسْتَأْجِرِ
مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُؤَاجِرِ ، وَفِي الرَّهْنِ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ»^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُهُ
﴿٢﴾ فِي كِتَابِ الْعَارِيَةِ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبَلٍ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ،
أَي : قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره»^(٣) .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مختصره» الْمُسَمَّى بِـ«الكافي» : «وَإِذَا رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ
الدَّابَّةَ فَلَمْ يَجِدْ خَادِمَهَا وَلَا صَاحِبَهَا ، فَرَبَطَهَا فِي دَارِ صَاحِبِهِ عَلَى مِعْلَفِهِ فَضَاعَتْ ،
قَالَ : هُوَ ضَامِنٌ لَهَا فِي الْقِيَاسِ ، وَلَكِنْ أَسْتَحْسِنُ أَلَّا أُضْمِنَهُ»^(٤) . إِلَى هَذَا لَفْظُ «الكافي» .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَزْخِيُّ فِي «مختصره» : «وَإِنْ رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ
إِلَى مَنْزِلِ صَاحِبِهَا الَّذِي يَكُونُ فِيهِ ، فَرَبَطَهَا عَلَى أَرِيئِهَا»^(٥) ، فَهَلَكَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ فَلَا

(١) ينظر : «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيِّ [ق/٢٧١] .

(٢) وقع بالأصل : «إِلَى هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٣٣] .

(٤) ينظر : «الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٥٩] .

(٥) الْأَرِيُّ : هُوَ الْمِعْلَفُ عِنْدَ الْعَامَّةِ وَهُوَ مَرَادُ الْقُقَهَاءِ . وَعِنْدَ الْعَرَبِ : الْأَرِيُّ الْأَخِيَّةُ ، وَهِيَ عُرْوَةُ حَبْلِ =

وَجْهَ الاستِحْسَانِ: أَنَّهُ أَتَى بِالتَّسْلِيمِ الْمُتَعَارَفِ ؛ لِأَنَّ رَدَّ الْعَوَارِي إِلَى دَارِ الْمَلِكِ مُعْتَادٌ كَالْكَالَةِ الْبَيْتِ ، وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ فَالْمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَى الْمَرْبُطِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

ضَمَانٌ عَلَيْهِ اسْتِحْسَانًا ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَضْمَنَ ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ .

وَبِالْقِيَاسِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ ^(٢) . كَذَا فِي «شرح الأقطع» ^(٣) .

وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ الرَّدُّ إِلَى الْمَالِكِ .

وَوَجْهُ الاستِحْسَانِ: أَنَّهُ أَتَى بِالتَّسْلِيمِ الْمُعْتَادِ بَيْنَ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَسْتَعِيرُونَ الدَّابَّةَ ، فَيَرُدُّونَهَا إِلَى إِصْطِلِ الْمَالِكِ ، وَالْجِيرَانُ يَسْتَعِيرُونَ آلَةَ الْبَيْوتِ ، وَيَرُدُّونَهَا إِلَى دَارِ صَاحِبِهَا ، وَيُسَلِّمُونَهَا إِلَى مَنْ [٢٥٧/٦ م/ظ] فِيهِ دُونَ صَاحِبِ الدَّارِ ، فَلَوْ رَدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَيْضًا ؛ كَانَ الْمَالِكُ أَيْضًا يَحْفَظُهَا بِهَذَا الْمَكَانِ ، فَقَدْ أَسْقَطَ عَنْهُ الْمُسْتَعِيرُ كُلْفَةً زَائِدَةً ، فَتَرَكَ الْقِيَاسُ بِالْعَادَةِ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا ؛ فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» ^(٤) .

وَلِهَذَا قَالَ مَشَايخُنَا: لَوْ كَانَتِ الْعَارِيَّةُ عَقْدَ جَوْهَرٍ ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى الْمُعِيرِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِطَرَحِهِ فِي الدَّارِ ، وَلَا دَفَعِهِ إِلَى الْغَلَامِ .

فَإِنْ قِيلَ: رَدُّ وَاجِبٌ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ ، كَالْوَدِيعَةِ وَالْمَسْرُوقِ وَالْمَغْضُوبِ .

قُلْنَا: فِي الْأَصْلِ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ ، بِخِلَافِ الْفِرْعِ ، فَافْتَرَقَا .

= تُشَدُّ إِلَيْهَا الدَّابَّةُ فِي مَخْبِسِهَا . يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ فِي تَرْتِيبِ الْمَعْرَبِ» لِلْمُطَرِّزِيِّ [٣٦/١] .

(١) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الكرخي» لِلْقُدُورِيِّ [٣٨٢/ق] .

(٢) يَنْظُرُ: «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» لِلْمَاوَرِدِيِّ [١٣١/٧] ، وَ«بَحْرُ الْمَذْهَبِ» لِلرُّوْيَانِيِّ [٣٩٤/٦] .

(٣) يَنْظُرُ: «شرح مختصر القدوري» لِلْأَقْطَعِ [٤٢٢/ق] .

(٤) مَضَى تَخْرِيجَهُ .

وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ لِمَا بَيْنَا .
وَلَوْ رَدَّ الْعَيْنَ الْمَغْضُوبَ أَوْ الْوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ؛
ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ نَسْخُ فِعْلِهِ ، وَذَلِكَ بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ دُونَ

﴿ غَايَةُ الْبَيَان ﴾

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ،
هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ أَيْضًا فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١) ، إِلَّا أَنَّ لَفْظَهُ فِي أَكْثَرِ النُّسخ: «وَإِنْ
اسْتَعَارَ عَيْنًا فَرَدَّهَا إِلَى دَارِ [٥٨/٢] الْمَالِكِ»^(٢) .

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيْنَا) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لَأَنَّ رَدَّ الْعَوَارِيِّ إِلَى دَارِ الْمُلَّاكِ مُعْتَادٌ ،
كَأَلَةِ الْبَيْتِ) .

قَوْلُهُ: (وَلَوْ رَدَّ الْعَيْنَ الْمَغْضُوبَ أَوْ الْوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛
ضَمِنَ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ^(٣) أَيْضًا ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ يَجِبُ عَلَيْهِ إِزَالَةُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣٣] .

(٢) وهذا هو لفظ المطبوع من «مختصر القدوري» [ص/١٣٣] . وهو الثابت في عدة نسخ خطية من
«المختصر» ، منها: [ق ١٠٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبرلي محمد عاصم بك - تركيا/ (رقم الحفظ:
١١٠)] ، ونسخة ثانية: [ق ٧٥/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)] ،
ونسخة ثالثة: [ق ٦١/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)] ، ونسخة
رابعة: [ق ٧٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)] .

وعلى هذا اللفظ: شرح العلامة بهاء الدين محمد بن أحمد الأسبيجاني في كتابه: «زاد الفقهاء/
شرح مختصر القدوري» [ق ١٢٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ:
٧٩٥)] . وأبو الرجاء الزاهدي في: «المُجْتَبَى شرح مختصر القدوري» [ق ٢٢١/أ/ مخطوط مكتبة
فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)] ، وَخَوَاهُ زَادَهُ فِي «شرح القدوري» [ق ١١٦/ب/
مخطوط مكتبة كوبرلي فاضل أحمد باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)] ، وَأَبُو نَصْرِ الْأَقْطَعِ فِي
«شرح القدوري» [١/ق ٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)] . وصاحبُ
«الجوهر النيرة/ شرح القدوري» [٣٥٢/١] ، وصاحبُ: «اللباب في شرح الكتاب» [٢٠٤/٢] ،
وصاحبُ «خلاصة الدلائل/ شرح القدوري» لحسام الدين الرازي [٥٦٥/٢ - ٥٦٦] .

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٣٣] .

غَيْرِهِ ، وَالْوَدِيعَةُ لَا يَرْضَى الْمَالِكُ بِرَدِّهَا إِلَى الدَّارِ وَلَا إِلَى يَدِ مَنْ فِي الْعِيَالِ ؛
لِأَنَّهُ لَوْ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ ، بِخِلَافِ الْعَوَارِي ؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ
الْعَارِيَةُ عُقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى الْمُعِيرِ ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْعُرْفِ فِيهِ .
قَالَ : وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ وَالْمُرَادُ

غاية البيان

عدوانه بنسخ فعله الذي وجد منه ، وذلك لا يتحقق إلا بالرد إلى المالك .
وَأَمَّا الْوَدِيعَةُ : فَلَأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَضِيَ بِالرَّدِّ إِلَى
غَيْرِهِ ؛ لَمْ يُودِعْهَا عِنْدَهُ ، فَإِذَا رُدَّتِ الْوَدِيعَةُ إِلَى مَوْضِعٍ لَمْ يَرْضَ الْمَالِكُ أَنْ تَكُونَ
الْوَدِيعَةُ فِيهِ ؛ يَلْزَمُ الضَّمَانُ .

أَصْلُهُ : إِذَا رُدَّتْ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَا تُشْبِهُ الْوَدِيعَةُ الْعَارِيَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا تُرِكَ
الْقِيَاسُ بِهِ ، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ حَتَّى قُلْنَا بِالضَّمَانِ فِيهَا أَيْضًا ، كَمَا فِي عِقْدِ الْجَوْهَرِ
الْمُسْتَعَارِ لِعَدَمِ الْعُرْفِ ، وَقَدْ مَرَّ آنفًا .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ، أَي :
قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوْرَتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : فِي الرَّجُلِ يَسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ
مِنَ الرَّجُلِ لِيَرْكَبَهَا ، فَيَرُدُّهَا مَعَ عَبْدِهِ ، أَوْ مَعَ أَجِيرِهِ ، أَوْ مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ ، أَوْ أَجِيرِهِ
قَالَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ»^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي
أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ فِي حَقِّ الْعَيْنِ مُودَعٌ وَأَمِينٌ ، وَالْمُودَعُ
يَمْلِكُ الدَّفْعَ إِلَى مَنْ فِي عِيَالِهِ ، فَكَذَا الْمُسْتَعِيرُ وَعَبْدُهُ فِي عِيَالِهِ ، وَكَذَلِكَ أَجِيرُهُ إِذَا
كَانَ مُسَانِهَةً^(٢) ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٣] .

(٢) المسانهة: الأجل إلى سنة . وقد تقدم التعريف بذلك .

بِالْأَجِيرِ أَنْ يَكُونَ مُسَاهَرَةً أَوْ مُشَاهَرَةً ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ مُيَاوَمَةً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ .

غاية البيان

أَوْ مُشَاهَرَةً^(١) ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ مُيَاوَمَةً^(٢) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ ، فَكَانَ الرَّدُّ إِلَى يَدِ هَؤُلَاءِ كَالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ .

وَلَمْ يَفْصِلْ مُحَمَّدٌ فِي الْكِتَابِ بَيْنَ عَبْدِهِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّابَّةِ ، وَالَّذِي يَقُومُ عَلَيْهَا ، وَوَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي «الْأَصْلِ»^(٣) فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَيْهَا ، وَقَالَ : يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ .

فَلَأَجَلَ ذَلِكَ قَالَ مَشَائِخُنَا : إِذَا رَدَّ إِلَى عَبْدِهِ الَّذِي لَا يَقُومُ [٢٥٨/٦ م] عَلَيْهِ ؛ وَجَبَ إِلَّا يَبْرَأَ عَنِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا قَيَّدَ ثَمَّةَ بِالْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّابَّةِ فِي حَقِّ الْبَرَاءَةِ عَنِ الضَّمَانِ ، فَدَلَّ ذَلِكَ أَنَّ الْبَرَاءَةَ لَا تَقَعُ إِذَا كَانَ الرَّدُّ إِلَى عَبْدٍ لَا يَقُومُ عَلَى الدَّابَّةِ ؛ لِيَكُونَ لِلتَّخْصِصِ فَائِدَةٌ .

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ : «وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ الَّذِي لَا يَقُومُ عَلَى الدَّابَّةِ ، قَدْ يَأْخُذُهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ ، وَإِنْ رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ إِذَا ضَاعَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ كَالْمُودَعِ ، وَدَلَّتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ قَضَاءً ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ) .

وَمَنْ قَالَ : بَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ - وَهُوَ اخْتِيَارُ سَائِرِ مَشَائِخِ الْعِرَاقِ - تَأَوَّلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فَيَقُولُ : بَأَنَّ^(٤) الْعَارِيَّةَ قَدْ انْتَهَتْ ، فَبَقِيَ مُودَعًا ، وَالْمُودَعُ لَا يَمْلِكُ

(١) مُشَاهَرَةٌ : يَعْنِي : شَهْرًا شَهْرًا ، وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٢) مُيَاوَمَةٌ : يَعْنِي : يَوْمًا يَوْمًا ، وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٣) يَنْظُرُ : «الْأَصْلُ / الْمَعْرُوفُ بِالْمَبْسُوطِ» [٥ / ٤٥٢ / طَبْعَةٌ : وَزَارَةُ الْأَوْقَافِ الْقَطَرِيَّةُ] .

(٤) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «فَنَقُولُ : إِنْ .» وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : «ن» ، «و» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدٍ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّهَ إِلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إِلَى عَبْدِهِ ، وَقِيلَ : هَذَا فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ ، وَقِيلَ : فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ دَائِبًا يَدْفَعُ إِلَيْهِ أحيانًا .

غاية البيان

الإيداع بالاتفاق .

وقال فخر الدين قاضي خان : والغاصب إذا ردَّ المَغْصُوبَ على مَنْ فِي عِيَالٍ المَغْصُوبِ مِنْهُ ، أَوْ السَّارِقُ إِذَا رَدَّ السَّرِقَةَ عَلَى مَنْ فِي عِيَالٍ الْمَشْرُوقِ مِنْهُ ؛ لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ الْقَطْعُ احتيالاً لَدَرْئِهِ .

يُقَالُ : سَنَاهُ الْأَجِيرُ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ سَنَةً ، وَشَاهَرَهُ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ شَهْرًا ، وَيَاوَمَهُ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا .

قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ) ، أَي : لَمْ يَضْمَنْ .

قَوْلُهُ : (وَقِيلَ : هَذَا فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ) ، أَي : عَدَمُ الضَّمَانِ بِالرَّدِّ إِلَى عَبْدٍ رَبِّ الدَّابَّةِ ، فِيمَا إِذَا رَدَّ إِلَى عَبْدٍ يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ ، أَمَّا إِذَا رَدَّ عَلَى عَبْدٍ لَا يَقُومُ عَلَيْهَا [٢/٤٥٩] ؛ فَلَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ .

قَوْلُهُ : (وَقِيلَ : فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ) ، أَي : عَدَمُ الضَّمَانِ يَكُونُ فِي الرَّدِّ إِلَى عَبْدٍ يَقُومُ عَلَيْهَا ، وَالَّذِي لَا يَقُومُ عَلَيْهَا جَمِيعًا ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ صَالِحٌ لِلْحِفْظِ كَالْمَرْبُطِ^(١) ، فَإِذَا رَدَّ إِلَى الْمَرْبُطِ لَا يَضْمَنْ ، فَكَذَا هَذَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهَا إِلَى أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ بِصَالِحَةٍ لِلْحِفْظِ .

قال ظهير الدين إسحاق الولوالحي في «فتاواه» : «ولو كان على دابة بعارية

(١) الْمَرْبُطُ : مَا تُرَبِّطُ بِهِ الدَّوَابُّ . جَمْعُ : مَرَابِطُ . يَنْظُرُ : «المعجم الوسيط» [١/٣٢٣] .

وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْإِيْدَاعَ
فَقْصْدًا

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

أو إجارة، فنزل عنها في السَّكَّةِ، ودخل المسجد ليصلي، فخلَّى عنها فهلكت؛
فهو ضامنٌ لها؛ لأنه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت؛
فقد ترك الحفظَ لما غيَّبها عن عَيْنِهِ.

ومن مشايخنا مَنْ قال: هذا إذا لم يَرْبِطْهَا بشيءٍ، أمَّا إذا رَبطها لا يَضْمَنُ؛
لأنه متعارفٌ، وإن كان في الصحراء [٢٥٨/٦ ظ/م] فنزل ليصلي، وكان يُمَسِّكُهَا
فانفلتت منه؛ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه لما أَمْسَكَهَا لم يَتْرُكْ حِفْظَهَا^(١).

وقال في «الفتاوى الصغرى»: «استعار من آخر دَابَّةً ليَحْمِلَ عليها حِنْطَةً،
فبعثَ المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ وَكِيلِهِ؛ لِيَحْمِلَ عليها الحِنْطَةَ، فحملَ الوَكِيلُ طعامًا
لنفسِهِ؛ لا يَضْمَنُ. نصَّ عليه في بابِ خصومةِ المتفاوِضِينَ مِنْ كتابِ الشَّرِكَةِ.
قال: «وهذا شيءٌ عَجِيبٌ»^(٢).

ثم قال في «الفتاوى الصغرى»: «استعار ثورًا لِيَكْرُبَ^(٣) أرضه، وعَيْنَ
الأرضِ، وكربَ أرضًا غيرَها، فعَطِبَ الثورُ؛ يَضْمَنُ؛ لأن الأَرْضَ تَخْتَلِفُ في
الكَرَابِ سهولةً وصعوبةً، بمنزلةٍ من استعار دَابَّةً لِيَذْهَبَ إلى مكانٍ معلومٍ، فذهبَ
إلى مكانٍ آخرَ بتلك المسافة؛ كان ضامنًا، وكذا لو أَمْسَكَ الثورَ في بيته، ولم
يَكْرُبْ حتَّى عَطِبَ؛ ضَمِنَ أيضًا؛ لأنه ليس له ولايةُ الإمساكِ؛ لعدم الرِّضَا مِنْ
المالكِ، وكذا في الإِجَارَةِ إذا أَمْسَكَ ولم يَذْهَبْ».

ثم قال: «المُسْتَعِيرُ إذا وَضَعَ المُسْتَعَارَ بَيْنَ يَدَيْهِ ونام لا يَضْمَنُ؛ لأن هذا

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلَوُ الْجَيَّة» [٢٢/٣].

(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [٢٨٤/ق].

(٣) كرب الأرض كِرَابًا: قَلْبُهَا لِلْحَرِّ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢١٣/٢].

كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ الْإِعَارَةِ ، وَأَوَّلُوا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الْإِعَارَةِ لَانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ .

قَالَ : وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزَّرَاعَةِ يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ : يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَعَرْتَنِي ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْإِعَارَةِ [١٠٨/د] مَوْضُوعَةٌ لَهُ وَالكِتَابَةُ بِالْمَوْضُوعِ لَهُ أَوْلَى كَمَا فِي إِعَارَةِ الدَّارِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

حِفْظُ عَادَةٍ ، لَكِنْ هَذَا إِذَا نَامَ جَالِسًا ، أَمَّا إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا يَضْمَنُ . وقد كَتَبْنَا هَذِهِ الْمَسَائِلَ تَكْثِيرًا لِلْفَوَائِدِ (١) .

قَوْلُهُ : (كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ) ، أَرَادَ بِهِ : الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ .
قَوْلُهُ : (وَقَالَ بَعْضُهُمْ) (٢) : يَمْلِكُهُ ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ .
قَوْلُهُ : (وَأَوَّلُوا) ، أَيِ : أَوَّلَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ الَّذِينَ قَالُوا : يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِيدَاعَ قَضَاءً .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزَّرَاعَةِ يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ : يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَعَرْتَنِي) ، أَيِ : قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : فِي الرَّجُلِ يُعِيرُ الرَّجُلَ الْأَرْضَ الْبَيْضَاءَ لِيَزْرَعَهَا ، قَالَ : يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَطْعَمْتَنِي ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَكْتُبُ : إِنَّكَ أَعَرْتَنِي» (٣) . إِلَى هُنَا لَفْظُ [أَصْل] (٤) «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» . وَهِيَ مِنْ الْخَوَاصِّ .

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [٢٨٤/ق] .

(٢) وقع بالأصل: «بعض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س» .

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٣ - ٤٣٤] .

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س» .

وَلَهُ أَنْ لَفْظَةَ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى الْمُرَادِ؛ لِأَنَّهَا تَخُصُّ الزَّرَاعَةَ وَالْإِعَارَةَ
تَنْتَظِمُهَا وَغَيْرَهَا كَالْبِنَاءِ وَنَحْوِهِ، فَكَانَتْ الْكِتَابَةُ بِهَا أَوْلَى، بِخِلَافِ الدَّارِ؛ لِأَنَّهَا
تُعَارُ إِلَّا ^(١) لِلسُّكْنَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ الْمَوْضُوعَ لِعَقْدِ الْعَارِيَّةِ: هُوَ لَفْظُ الْإِعَارَةِ، فَكَانَ أَوْلَى
بِالاستعمالِ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ أَحَقُّ بِأَنْ تُرَادَ، وَيَقُولُهُمَا: أَخَذَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ
فِي «شرح الجامع الصغير».

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ عَارِيَّةَ الْأَرْضِ قَدْ تَكُونُ لِلزَّرَاعَةِ، وَقَدْ تَكُونُ لغيرِهَا
مِنَ السُّكْنَى وَالبِنَاءِ، وَلَفْظَةُ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى الْمُرَادِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَطَعَمْتُكَ «هَذِهِ
الْأَرْضُ»: مَعْنَاهُ: أَذِنْتُ لَكَ أَنْ تَزْرَعَ فِيهَا لِتَأْكُلَ مِنْ غَلَّاتِهَا.

فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ؛ يَكْتُبُ بِهَا لِتَزُولَ الشُّبْهَةُ، وَيُعْلَمُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي الزَّرَاعَةِ
خَاصَّةً دُونَ الْبِنَاءِ وَالسُّكْنَى، وَلَفْظَةُ الإِطْعَامِ - وَإِنْ كَانَ مَجَازًا - مَعْلُومٌ لكونِهِ
مَتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْلَمُ أَنَّ ذَاتَ الْأَرْضِ لَا تُطْعَمُ، فَكَانَتْ أَوْلَى بِالاستعمالِ
لِتَبَيِّنِ الْمُرَادِ بِهَا.

وَنَحْتِمُ هَذَا الْكِتَابَ بِمَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي آخِرِ كِتَابِ الْعَارِيَّةِ [٢٥٩/٦ م]
مِنَ «الْعَيُونِ»: «رَوَى [٢/٥٩٩ ظ] أَبُو سَلِيمَانَ: أَنَّ رَجُلًا مِّنْ قَزْوِينَ كَانَ يَخْتَلِفُ إِلَى
مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ فَمَاتَ، فَبَاعَ كُتُبَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ثُمَّ قَرَأَ: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ
الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. قِيلَ لِأَبِي سَلِيمَانَ: كَانَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ
قَاضِيًا؟ قَالَ: لَا».

[وَاللَّهُ أَعْلَمُ] ^(٢).

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: لَا تُعَارُ إِلَّا».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «غ».

كِتَابُ الْهَبَةِ

قَالَ: الْهَبَةُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «تَهَادُوا تَحَابُّوا» وَعَلَى ذَلِكَ
انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ.

غَايَةُ الْبَيَانِ

كِتَابُ الْهَبَةِ

ذِكْرُ وَجْهِ الْمُنَاسَبَةِ فِي الْوَدِيعَةِ.

اعْلَمْ: أَنَّ الْهَبَةَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ، ثَبَتَ مَشْرُوعِيَّتُهُ بِالْكِتَابِ، وَالسُّنَّةِ، وَإِجْمَاعِ
الْأُمَّةِ، وَنَوْعٍ مِنَ الْمَعْقُولِ.

أَمَّا الْكِتَابُ: فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَعَاثُوا لِلنِّسَاءِ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ
مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْكًا مَّرِيكًا﴾ [النساء: ٤].

وَالصَّدَقَةُ: الْمَهْرُ، وَالنَّحْلَةُ: الْعَطِيَّةُ، وَ﴿هَنَيْكًا مَّرِيكًا﴾، أَي: طَيِّبًا سَائِغًا.

مَعْنَاهُ: فَإِنْ وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ لِلزَّوْجِ مَهْرَهَا، أَوْ شَيْئًا مِنْهُ عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ بِلَا إِكْرَاهٍ،
وَلَا رَهْبَةٍ، وَلَا افْتِدَاءٍ مِنْ سُوءٍ عِشْرَةٍ؛ فَلْيَأْكُلِ الزَّوْجُ مَأْمُونًا التَّبِعَةَ فِي الْآخِرَةِ.

الْمُرَادُ بِالْأَكْلِ: هُوَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ أَكْلًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، وَخُصَّ الْأَكْلُ بِالذِّكْرِ؛ لِأَنَّهُ
هُوَ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ بِالْمَالِ. كَذَا فِي «التَّيْسِيرِ»^(١).

وَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِالآيَةِ: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الْأَكْلَ بِالْهَبَةِ، فَدَلَّ أَنَّهَا عَقْدٌ
مَشْرُوعٌ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ: فَمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَهَادُوا
تَحَابُّوا، وَهَاجِرُوا تُورَثُوا أَبْنَاءُكُمْ مَجْدًا، وَأَقْبِلُوا الْكِرَامَ عَثْرَاتِهِمْ»^(٢).

(١) هُوَ: «التَّيْسِيرُ فِي التَّفْسِيرِ» لِنَجْمِ الدِّينِ أَبِي حَفْصٍ عُمَرَ بْنِ مُحَمَّدٍ النَّسْفِيِّ. وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

(٢) أَخْرَجَهُ: الطَّبْرَانِيُّ فِي «الْمَعْجَمِ الْأَوْسَطِ» [١٩٠/٧]، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. =

غاية البيان

وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ فِي «جَامِعِهِ»: مُسْنَدًا إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ»^(١).

وَرَوَى الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ مِنْ «جَامِعِهِ الصَّحِيحِ»: بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»^(٢).

وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ فِي «جَامِعِهِ»: مُسْنَدًا إِلَى أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَيْهِ لَأَجَبْتُ»^(٣).

وَرَوَى الْبُخَارِيُّ فِي «الصَّحِيحِ»: مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَبْتِهِ»^(٤)، وَفِي رَوَايَةٍ: «كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ

= قَالَ ابْنُ حَجَرٍ: «فِي إِسْنَادِهِ نَظَرٌ». يَنْظُرُ: «التَّلْخِصُ الْحَبِيرُ» لابن حجر [١٩٨٣/٤].

(١) أَخْرَجَهُ: التِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ وَالْهَبَةِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ /بَابُ فِي حَثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى التَّهَادِي [رقم/٢١٣٠]، وَابْنُ أَبِي الدُّنْيَا فِي «مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ» [ص/١٠٩]، وَالْقُضَاعِيُّ فِي «الشَّهَابِ» [٣٨٠/١]، مِنْ طَرِيقِ مَعْشَرٍ، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَأَبُو مَعْشَرٍ اسْمُهُ: نَجِيحٌ مَوْلَى بَنِي هَاشِمٍ، وَقَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ». وَقَالَ ابْنُ الْقُطَّانِ: «وَأَبُو مَعْشَرٍ ضَعِيفٌ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُوَثِّقُهُ، فَالْحَدِيثُ مِنْ أَجْلِهِ حَسَنٌ». يَنْظُرُ: «بَيَانُ الْوَهْمِ وَالْإِبْهَامِ» لابن القُطَّانِ [٥٠٧/٤].

(٢) أَخْرَجَهُ: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ وَفَضْلِهَا /بَابُ الْقَلِيلِ مِنَ الْهَبَةِ [رقم/٢٤٢٩]، وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ» [٤٧٩/٢]، مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

(٣) أَخْرَجَهُ: التِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الْأَحْكَامِ /بَابُ مَا جَاءَ فِي قَبُولِ الْهَدِيَّةِ وَاجَابَةِ الدَّعْوَةِ [رقم/١٣٣٨]، وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ» [٢٠٩/٣]، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» [١٦٩/٦]، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «حَدِيثُ أَنَسٍ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ».

(٤) أَخْرَجَهُ: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ وَفَضْلِهَا /بَابُ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبَّتِهِ وَصَدَقْتُهُ=

﴿ غاية البيان ﴾

فِي قَبِيلِهِ»^(١).

والأحاديث التي تدلُّ على جواز الهبة فيها كثيرة.

وعليه انعقد إجماع الأمة من غير نكير.

وأما المعقول: فلأنَّ الهبة إحسانٌ وبرٌّ بالموهوبِ له، والإحسانُ أمرٌ مندوبٌ إليه، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، فدلَّ على جواز الهبة.

ثم ينبغي لك أن تعرف تفسير الهبة لغةً وشريعةً، وركنُها، وشَرْطُ جوازها، وحُكْمُها.

أما تفسيرها في اللغة: فهي إعطاءُ الشيءِ بغيرِ عوضٍ، أيُّ شيءٍ كان [٢٥٩/٦ ط/م]، مَالًا [كان] ^(٢) أو غير مالٍ، قال تعالى: ﴿يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾ [الشورى: ٤٩]، أطلق اسمَ الهبة على الولدِ، وإن لم يكن مَالًا؛ لأنه أعطانا بغيرِ عوضٍ.

وفي العرفِ يُرادُ بها: «تمليكُ المالِ بغيرِ عوضٍ»، وهو المرادُ في الشريعةِ.

وأما ركنُها: فقد اختلف المشايخ فيه، قال خَوَاهِرُ زَادَه في «مبسوطه»: «هو مجردُ إيجابِ الواهبِ، وهو قوله: وهبْتُ»، ولم يجعل قبولَ الموهوبِ له ركنًا؛ لأنَّ العقدَ ينعقدُ بمجردِ إيجابِ الواهبِ، ولهذا قال علماؤنا: إذا حلفَ لا يهبُ،

= [رقم/٢٤٧٨]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل [رقم/١٦٢٢]، عن ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه به.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته [رقم/٢٤٧٩]، عن ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه به.

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «ج»، «غ»، «س».

هاية البيان

فوهب ولم يقبل، يحنث في يمينه عندنا.

وقال صاحب «التحفة»: «وركنها الإيجاب والقبول»^(١).

ووجهه: أن الهبة عقد، والعقد هو الإيجاب والقبول.

وأما شرط جوازها: فالقبض، حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافاً لابن أبي ليلى ومالك^(٢)، فإنه ليس بشرط عندهما، وكونها غير مشاع إذا كانت مما يحتمل القسمة بشرط الجواز أيضاً.

وعند الشافعي رحمه الله [٢/٤٦٠]: هبة المشاع جائزة^(٣)، وكذا الخلاف في التصديق بالمشاع، وكون المحل المضاف إليه الهبة مالا قابلاً للتملك بشرط الجواز أيضاً، حتى إذا وهب المدبر أو أم الولد أو الخمر؛ لا يصح.

وأما حكمها: فوقع الملك للموهوب^(٤) له ملكاً غير لازم، إلا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة، كصلة الرحم، لكن يكره الرجوع؛ لأنه من الدناءة.

وعند الشافعي رحمه الله: يقع الملك لازماً إلا في هبة الوالد لولده^(٥).

وعند مالك: لا رجوع في الهبة إلا للوالدين خاصة. كذا في كتاب

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٠/٣].

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [١٠٠٠/٢]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٩/٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٠٤/٧].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٢٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «اللباب في الفقه الشافعي» للمحاملي [٢٥٧/ص]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٥٤٥/٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣٣٥/٢].

وَتَصِحُّ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ: أَمَّا الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ فَلِأَنَّهُ عَقْدٌ،
وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، وَالْقَبْضُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ.

﴿ غاية البيان ﴾

«التفريع»^(١).

قوله: (وَتَصِحُّ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في
«مختصره»^(٢).

أَمَّا الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ: فَلِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدٌ، وَالْعَقْدُ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ.
وَأَمَّا الْقَبْضُ: فَهُوَ شَرْطُ صَحَّةِ الْمِلْكِ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ حَتَّى لَا تُمْلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ
عِنْدَنَا، هَذَا فِي حَقِّ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمَوْهُوبِ، أَمَّا إِذَا حَلَفَ وَقَالَ: لَا يَهَبُ لِفُلَانٍ،
فَوَهَبَ وَلَمْ يَقْبَلْ؛ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ عِنْدَنَا.

وَعِنْدَ زُفَرٍ: لَا يَحْنَثُ بِلَا قَبُولٍ وَقَبْضٍ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ، فَلَا يُفِيدُ الْمِلْكُ إِلَّا
بِالْقَبُولِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْهَبَةَ اسْمٌ لِإِجَابِ مِلْكٍ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْمَالِكِ إِلَّا أَنْ
الْقَبُولَ شَرْطُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ، لَا شَرْطُ وَجُودِ الْهَبَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ أَلَّا يُقَرَّ لَهُ
بَشْيٌ، أَوْ أَلَّا يُوصِيَّ لَهُ بِشَيْءٍ، فَأَقَرَّ أَوْ أَوْصَى هُوَ، وَلَمْ يَقْبَلِ الْآخَرُ يَحْنَثُ، فَكَذَا
هَذَا، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ تَمْلِكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِمَا. كَذَا فِي «الْحَضَرِ»
و«الْمَخْتَلَفِ»^(٣).

وَعِنْدَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ. كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ
الدِّينِ الْأَسْجَبَانِيُّ فِي «شرح الكافي»، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ.

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [ص/٢٦٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤١٥/٣].

وَقَالَ مَالِكٌ رحمه الله: يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ اِعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّدَقَةُ .

غاية البيان

قال في كتاب «التفريع» لأصحاب مالك رحمه الله [٢٦٠/١م]: «وَمَنْ وَهَبَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ؛ لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَى الْمُوهُوبِ لَهُ إِذَا طَالَبَهُ بِهِ ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ حُكِمَ بِهِ عَلَيْهِ إِذَا أَقْرَأَ وَقَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْهَبَةَ حُلْفَ عَلَيْهَا وَبَرَّئَ مِنْهَا ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حُلْفَ الْمُوهُوبُ لَهُ وَأَخَذَهَا مِنْهُ ، فَإِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ دَفْعِهَا إِلَى الْمُوهُوبِ لَهُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ إِذَا كَانَ قَدْ أَمَكَّنَهُ أَخْذَهَا ففَرَطَ فِيهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوهُوبُ لَهُ قَبْلَ قَبْضِهَا ؛ قَامَ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ فِي مُطَالَبَةِ الْوَاهِبِ بِهِتِهِ»^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ «التفريع» .

وقال الخِرَقِيُّ - مِنْ أَصْحَابِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ حَنْبَلٍ - : «وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ وَيُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ ، وَتَصِحُّ فِي غَيْرِ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ إِذَا قُبِلَ ، [كَمَا] ^(٢) يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ»^(٣) .

وجهُ قولِ مَنْ قَالَ: إِنْ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَنْ الْهَبَةُ تَمْلِكُ ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَسَائِرِ التَّمْلِكَاتِ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُمَا قَالَا: «إِذَا أُعْلِمَتْ الصَّدَقَةُ جَازَتْ»^(٤) ، وَعَنْ شُرَيْحٍ: «أَنَّهُ قَضَى بِصَدَقَةٍ لَمْ تُقَبْضَ»^(٥) .

فَدَلَّ أَنَّ الْقَبْضَ فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ، فَكَذَا فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ ؛ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٣٦٨/٢] .

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ت» ، و«غ» ، و«س» . وهو الموافق لما وقع في: «مختصر الخرقى» .

(٣) ينظر: «مختصر الخرقى» [ص/٨٢] .

(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٤] ، ومحمد بن الحسن في «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٦٠/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] . من طريقين عن عليٍّ وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما به .

(٥) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٦١/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] . عن شريح رضي الله عنه به .

غاية البيان

منهما عقد تملك بلا عوض. كذا ذكر حديث عليّ وعبد الله وشريح شيخ الإسلام خواجه زادته في «مبسوطه».

ولنا: ما روى مسلم في «صحيحه»: بإسناده إلى مطرف، عن أبيه قال: انتهيت إلى رسول الله ﷺ وهو يقول: ﴿الْهَنَكُ الْكَافِرُ﴾ [التكاثر: ١]، «يقول ابن آدم: مالي مالي، وهل لك من مال إلا ما أكلت فأفنت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأفصيت»^(١)، فاشترط الإمضاء، وهو القبض، فكان حجة على مالك.

وحدث الطحاوي في «شرح الآثار» وقال: حدثنا يونس، أخبرنا ابن وهب: أن مالكا حدثه عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: «إن أبا بكر الصديق [٢/٦٠ ظ] نحلها جاداً^(٢) عشرين وسقاً من ماله بالعالية^(٣)، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من أحد من الناس أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحلتك جاداً^(٤) عشرين وسقاً، فلو كنت جددته واختزته^(٥)؛ كان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله تعالى، فقالت عائشة: والله يا أبت لو كان كذا وكذا؛ لتركته، وإنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن ابنه

(١) أخرجه: مسلم في كتاب الزهد والرفائق [رقم/٢٩٥٨]، والترمذي في كتاب الزهد عن رسول الله ﷺ/باب منه [رقم/٢٣٤٢]، والنسائي في كتاب الوصايا/الكراهية في تأخير الوصية [رقم/٣٦١٣]، عن مطرف، عن أبيه ﷺ به.

(٢) عند الطحاوي: «جداد».

(٣) عند الطحاوي: «بالعالية».

(٤) عند الطحاوي: «جداد».

(٥) عند الطحاوي: «جددته وأخزته».

خَارِجَةً ، أَرَاهَا جَارِيَةً^(١)»^(٢).

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبنجابي في «شرح الكافي»: «فكان الأمر كما تفرّس - يعني: تحقّق فِرَاسَةً أبي بكرٍ حتّى ولدت زوجته - التي هي ابنة خَارجَةٍ - جارية».

وقد أفاد الحديث: أن القبضَ شرطٌ لتمامِ الهبةِ ، وأفاد أيضاً: أن مرضَ الموتِ أوَّانُ تعلّقِ حقِّ الورثةِ [٢٦٠/٦م] بمالِ المريضِ ؛ لأنه سمّاه مالَ الوارِثِ ، وأفاد أيضاً: أن الغنى أفضلُ مِنَ الفقرِ ، وفيه اختلافٌ بينَ العلماءِ .

قال شيخ الإسلام أبو بكرٍ المعروف بخَواهرَ زادَه في «مبسوطه»: «قال بعضهم: الغنيُّ الشاكرُ أفضلُ مِنَ الفقيرِ الصابرِ ، وإلى هذا كان يميلُ الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفضلِ .

وقال بعضهم: بأن الفقيرَ الصابرَ أفضلُ مِنَ الغنيِّ الشاكرِ ، وإلى هذا كان يميلُ القاضي الإمامُ أبو جعفرٍ^(٣)» .

احتجَّ مَنْ فَضَّلَ الغنيَّ بحديثِ أبي بكرٍ ؛ فإنه اختارَ لعائشةَ: الغنى على الفقرِ ،

(١) ولدُ أبي بكرٍ لصلّبه: عبدُ الله وأسماءُ ، وهما مِنْ زَوْجَتِهِ قُتَيْلَةَ مِنْ بني عامرِ بنِ لُؤَيٍّ . وعبدُ الرحمنِ وعائشةُ: وهما مِنْ زَوْجَتِهِ أُمِّ رُومانَ بنتِ الحارثِ بنِ الحُوَيْرِثِ . ومحمدُ وأُمُّ كلثومُ أمهما أسماءُ بنتُ عميسَ ابنةُ زيدِ بنِ خَارجَةٍ . كذا قال القتيبي . كذا جاء في حاشية: «ج» ، و«م» ، و«س» . وينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/١٧٢ - ١٧٣] .

(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٥٢] ، ومن طريقه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٨٨] ، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١٦٩] ، مِنْ هذا الطريق عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها . به . قال ابنُ كثيرٍ: «هذا إسنادٌ صحيحٌ» . ينظر: «إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/١٠٤] .

(٣) القاضي أبو جعفر: أي الأُسْتُروْشَنِيُّ . كذا جاء في حاشية: «ج» ، و«م» ، و«س» .

❦ هاية البيان ❦

والوالد إنما يختار لولده ما هو أفضل في الدين ، ولأن مكارم الأخلاق توجد من الغني لا من الفقير .

وبحديث سعد: حيث قال له رسول الله ﷺ: «لأن تدع ورثتك أغنياء؛ خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(١)، ولهذا قال ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى»^(٢)، واليد العليا: يد الغني.

واحتج من فضل الفقر: بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اللهم أخيني مسكيناً، وأمتني مسكيناً، وأحشرنني في زمرة المساكين»^(٣)، فقد اختار رسول الله ﷺ الفقر، وقد عرّضت عليه الدنيا بخدافيرها؛ فلم يقبل.

وحديث أبي بكر ليس فيه دلالة على تفضيل الغني؛ لأنه أحب الغني لغيره لا لنفسه، والمستحب للإنسان أن يحب لغيره ما فيه السعة والرفاهية، وفي حق نفسه يختار ما هو أشق، ألا ترى أن أبا بكر اختار الفقر في حق نفسه حتى بذل جميع ماله، حتى قال [له]^(٤) رسول الله ﷺ: «ماذا خلّفت لأهلك؟» فقال:

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الوصايا/ باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس [رقم/٢٥٩١]، ومسلم في كتاب الوصية/ باب الوصية بالثلث [رقم/١٦٢٨]، عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه رضي الله عنه.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى [رقم/١٣٦١]، ومسلم في كتاب الزكاة/ باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى وأن اليد العليا هي المنفقة وأن السفلى هي الآخذة [رقم/١٠٣٥]، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

(٣) أخرجه: الترمذي في كتاب الزهد عن رسول الله ﷺ/ باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم [رقم/٢٣٥٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٢/٧]، وفي «شعب الإيمان» [١٦٧/٢]، عن أنس رضي الله عنه.

قال الترمذي: «هذا حديث غريب». وقال ابن الملقن: «حديث ضعيف». ينظر: «البدر المنير لابن الملقن» [٣٦٧/٧].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«نح»، و«غ».

«الله وَرَسُولُهُ»^(١).

وفي حديث أبي بكرٍ دليلٌ على أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على بعض في المحبة، وهذا بلا خلاف؛ لأنَّ المحبة من عمل القلب، والقلوب بيد الله تعالى، ألا ترى أنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يعدل بين نسائه، وكان يقول: «اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، وَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»^(٢).

وفيه دليلٌ أيضاً: على أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على البعض بالهبة حالة الصحة، فإن أبا بكرٍ ﷺ فضل عائشة ﷺ على غيرها من أولاده بالهبة حالة الصحة.

قال شيخ الإسلام خواجه زادته: «وهذا فصلٌ لا رواية فيه عن أصحابنا في «المبسوط»، وقد روي عن أبي حنيفة - في غير رواية الأصول - أنه لا بأس بالتفضيل إذا كان التفضيل بسبب زيادة فضل له في الدين، وإن كانوا سواء، فإنه يُكره التفضيل».

وروى المُعلَّى الرَّازِيُّ: عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس أن يؤثّر الرَّجُلُ بعض ولده على [٤٦١/٢] البعض في الصحة، إذا لم يُرَدُّ به الإضرار، وينبغي [له] ^(٣) أن

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الزكاة/ باب الرخصة في ذلك [رقم/١٦٧٨]، والترمذي في كتاب الدعوات عن رسول الله ﷺ/باب في مناقب أبي بكر وعمر عنهما كليهما [رقم/٣٦٧٥]، والحاكم في «المستدرک علی الصحیحین» [٥٧٤/١]، وعنه البيهقي في «السنن الكبرى» [١٨٠/٤]، من حديث عُمر بن الخطَّابٍ رضي الله عنه.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ع»، «غ».

غاية البيان

يُسَوِّيَ إِذَا كَانَ يُرِيدُ الْإِضْرَارَ ، فَإِنْ كَانَ أَوْلَادِهِ ذَكَورًا وَإِنَاثًا سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، يُعْطِي الْإِبْنَةَ مِثْلَ مَا يُعْطِي الْإِبْنَ . قَالَ : « وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يُعْطِي الذَّكَرَ ضِعْفَ مَا ^(١) يُعْطِي الْأُنْثَى » .

والدليل [٢٦١/٦م] المعقول على أن القبض شرط في الهبة: أن الهبة تبرعٌ ، فلا يملك بمجرد القول حتى ينضم إليه غيره كالوصية .

وحديث مالكٍ محمولٌ على الصدقة الموقوفة لا المنقذة ، وأبو يوسف يجوزها من غير قبض .

وإنما حملنا على ذلك: بدليل ما روي في «مبسوط خواهر زادته»: عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً مَقْسُومَةً» ^(٢) ، وعن معاذٍ أنه قال: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» ^(٣) .

قال أبو سليمان الخطابي في «غريب الحديث» في قوله: «جَادَ عِشْرِينَ وَسَقًا» ^(٤): «أَي: نَحْلًا يُجَدُّ مِنْهُ مَا يَبْلُغُ عِشْرِينَ وَسَقًا . وَالْجَادُ هَهُنَا بِمَعْنَى الْمَجْدُودِ ، فَاعِلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ ، يُقَالُ: جَدَدْتُ النَّخْلَ أَجْدُهُ جَدًّا وَجَدَادًا ^(٥) إِذَا صَرَمْتُهُ» ^(٦) .

(١) وقع بالأصل: «مثل ما». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س» .

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٧] ، ومحمد بن الحسن في «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٠٠/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] . عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه قَالَ: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ حَتَّى تُقْبَضَ» .

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥٩٥] ، وابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٠] ، ومحمد بن الحسن في «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٦٣/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] . من طريق جابر الجعفي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال: «كَانَ مُعَاذٌ ، وَشُرَيْحٌ يَقُولَانِ: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ حَتَّى تُقْبَضَ» .

(٤) مضى تخريجه .

(٥) وقع بالأصل: «وجدادًا». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س» .

(٦) ينظر: «غريب الحديث» للخطابي [٤٣/٢] .

وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالْمُرَادُ نَفْيُ الْمَلِكِ، لِأَنَّ الْجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ، وَفِي إِبْتَاتِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ الْإِزَامُ الْمُبَرَّرُ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ،

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً»^(١))، فِي صَحَّةِ هَذَا الْحَدِيثِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ نَظَرٌ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُتَمَسَّكَ فِي كَوْنِ الْقَبْضِ شَرْطًا بِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ الَّذِي رَوَيْنَاهُ قَبْلَ هَذَا، وَأَنَّهُ قَالَ مَا قَالَ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ، فَحَلَّ مُحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

ولهذا قال صاحب «التحفة»: «رُويَ عن جماعةٍ من الصحابةِ أنهم قالوا: لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً مَحْزُوزَةً»^(٢).

والحديثُ الذي رَوَيْنَاهُ مِنْ «صحيح مسلم»^(٣): يَدُلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ فِيهِ الْقَبْضَ لِلصَّدَقَةِ، فَكَانَ شَرْطًا لِلْهَبَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ؛ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِكُ بِلَا عَوْضٍ.

وقال في «المبسوط» - فِي بَابِ الْهَبَةِ فِيمَا يَجُوزُ وَفِيمَا لَا يَجُوزُ -: «رُويَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ أَنَّهُمْ قَالُوا: لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً مَحْزُوزَةً»^(٤).

(١) قال ابن أبي العز: «هذا حديث منكر، لا أصل له». وقال الزيلعي: «غريب». وقال ابن التركماني وعبد القادر القرشي: «لم نره». ينظر: «التنبيه على أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق ١٢٧/أ/ مخطوط مكتبة جاز الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/ ٥٨٧]. و«العناية في تخريج أحاديث الهداية» لعبد القادر القرشي [ق ١٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٨٨)]، و«نصب الراية» للزيلعي [٤/ ١٦٢].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/ ١٦١].

(٣) مضى تخريجه. انظر في فاصلي.

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/ ٣٦٠ - ٣٦١/ طبعة: وزارة=

بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَن أَوَانَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِيهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا إِلْزَامَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ اللَّزُومِ ، وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا .
فَإِنْ قَبَضَهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ ؛ جَازَ ؛ اسْتِحْسَانًا

غاية البيان

قوله: (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ) ، يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ: (وَفِي إثْبَاتِ الْمِلْكِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِلْزَامُ الْمُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ) ، يَعْنِي: أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي الْهَبَةِ ، فَلَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ وَثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهَا لِلْمُوْهُوبِ لَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لَزِمَ الْإِلْزَامُ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ ، وَهُوَ تَسْلِيمُ الْهَبَةِ وَإِزَالَةُ يَدِهِ عَنْهَا ، وَذَلِكَ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلِيقُ بِالْمُتَبَرِّعِ ، بِخِلَافِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمُوصِي لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْإِلْزَامُ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ مِنَ الْقَوْلِ بِثُبُوتِ الْمِلْكِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ مِصْرَفًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمِلْكِ .

ولهذا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَكَانَ أَوَانَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِي الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَحِينَئِذٍ لَا يَبْقَى الْإِلْزَامُ عَلَى الْمُوصِي ؛ لِزَوَالِ أَهْلِيَّةِ اللَّزُومِ بِالْمَوْتِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلْزَامًا ، وَإِجَابَ ضَمَانٍ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ ، وَكَذَا لَا إِلْزَامَ عَلَى الْوَارِثِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مَقْدَمَةٌ عَلَى الْإِرْثِ ، فَامْتَنَعَ حَقُّ الْوَارِثِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ مَا نَفَذَتْ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، فَافْهَم .

قوله: (فَإِنْ قَبَضَهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ ؛ جَازَ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ [٦/٢٦١ ظ/م] فِيهِ: «وَأِنْ قَبَضَ بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ ؛ لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ»^(١) ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ .

وَالْقِيَاسُ: أَلَّا يَصِحَّ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ^(٢) ، وَبِهِ قَالَ

= الأوقاف القطرية] . عن أبي بكر وعمر وعثمان وعليٍّ رضي الله عنهم به نحوه .

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤] .

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» [١/٤١٨] ، «الفتاوى الهندية» (٤/٤٢٠ ، ٤٢١) ، «حاشية قرة عيون

الأخيار» [٨/٤٦٠] .

وَإِنْ قَبْضَ بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ ، وَالْقِيَاسُ
أَلَّا يَجُوزَ فِي الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ ، إِذْ مَلَكَهُ قَبْلَ
الْقَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ .

غاية البيان

الشَّافِعِيُّ رحمه الله ^(١) . كذا ذكر شيخ الإسلام خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مبسوطه» .

وجه القياس : أنه تَصَرَّفٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِدُونِ إِذْنِهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مِلْكَ
الْوَاهِبِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَوْهُوبِ لَهُ بَاقٍ ، بِدَلِيلِ صَحَّةِ تَصَرُّفِهِ مِنَ الْبَيْعِ وَالْإِعْتَاقِ .

ووجه الاستحسان : أَنَّ الْهَبَةَ تَمْلِكُ مِنْ جِهَةِ الْوَاهِبِ ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِقَبْضِ
الْمَوْهُوبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِمَا يَبَيَّنَا [٤٦١/٢] ، فَكَانَ الْإِقْدَامُ مِنْهُ عَلَى الْهَبَةِ تَسْلِيطًا
عَلَى الْقَبْضِ اقْتِضَاءً ، فَجَازَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الْإِذْنُ صَرِيحًا .

بيانه ^(٢) : مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مبسوطه» : «إِنَّهُ لَا بُدَّ لِبَقَاءِ
الْإِيجَابِ عَلَى الصَّحَّةِ مِنَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مَتَى فَاتَ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ؛ لَا
يَبْقَى الْإِيجَابُ صَحِيحًا ، وَإِذَا كَانَ مِنْ ضَرُورَةٍ بَقَاءُ الْإِيجَابِ مِنَ الْوَاهِبِ عَلَى
الصَّحَّةِ وَجُودُ الْقَبْضِ لَا مُحَالَةً ؛ كَانَ الْإِقْدَامُ عَلَى الْإِيجَابِ إِذْنًا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ
بِالْقَبْضِ اقْتِضَاءً ، كَمَا فِي بَابِ الْبَيْعِ جَعَلْنَا إِقْدَامَ الْبَائِعِ عَلَى الْإِيجَابِ إِذْنًا لِلْمُشْتَرِي
بِالْقَبُولِ مُقْتَضًى بَقَاءُ الْإِيجَابِ عَلَى الصَّحَّةِ ، إِلَّا أَنْ مَا ثَبَتَ اقْتِضَاءُ يَثْبُتُ ضَرُورَةٌ ،
وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ ، وَالضَّرُورَةُ تَرْتَفِعُ بِثَبُوتِ الْإِذْنِ فِي
الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّ الْإِيجَابَ يَبْقَى صَحِيحًا مَتَى قُبِضَ فِي الْمَجْلِسِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ ثَابِتًا فِيمَا
وَرَاءَ الْمَجْلِسِ .

بخلاف ما لو ثَبَتَ نَصًّا ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ نَصًّا ثَابِتٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، فَيُثْبِتُ فِي

(١) ينظر : «روضة الطالبين» للنووي [٣٧٥/٥ - ٣٧٦] ، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدِّمِيرِي
[٥٥٢/٥] .

(٢) وقع بالأصل : «بيان» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«تج» ، و«غ» .

غاية البيان

المجلس وبعد المجلس ، والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني في «شرح الكافي» : «وإن كان العبد الموهوب حاضراً ، فقال له الواهب : قد خلّيتُ بينك وبين الهبة ، فاقبضها ، وانصرف الواهب ، فقبضه الموهوب له جاز ؛ لأن التخلية إقباض منه ، فإذا قبض يأذنه تمّ العقد» .

قال^(١) : «فرق بين هذا وبين البيع : فإنه إذا خلّى بينه وبين المبيع أنزل قابضاً وإن لم يُباشِر القبض ، بخلاف الهبة .

والفرق بينهما : أن القبض واجب عليه في باب البيع ، وأنه محتاج إلى إخراج نفسه عن العهدة إذا أتى بما في وسعه ، وليس في وسعه إلا التخلية ، بخلاف الهبة ؛ فإن التسليم ليس بواجب عليه في الهبة ، فإذا لم يسلم إليه ويقبضه ؛ لا يعدّ مسلماً ، وإن كان غائباً فأذن له في القبض ؛ جاز له أن يرجع ما لم يقبض ؛ لأن الهبة لا تلزم قبل اتصال القبض بها ، فصح رجوعه» [٢٦٢/٦ م] . كذا في «شرح الكافي» .

وقال الكرخي في «مختصره» : «فإن أذن له في القبض ، فقبض الهبة بحضرة الواهب ، أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له ديناً على رجل ، وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه ؛ جاز إذا قبض ذلك استحساناً أيضاً .

وإن لم يأذن له في قبض الدين ؛ لم تجز الهبة وإن قبضه الموهوب له ، وإن كان ذلك أيضاً بحضرة الواهب ؛ لأن المال الذي يقبض عن الدين ملك من عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل قبضه إلى غيره ، فيقبضه الغير»^(٢) .

(١) أي : الأسينجاني .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٥] .

وَلَنَا: أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهَبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَالْمَقْصِدُ مِنْهُ اثْبَاتُ الْمِلْكِ فَيَكُونُ الْإِجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبِضَ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا أَثَبْنَا التَّسْلِيْطَ فِيهِ إِحْقَاقًا لَهُ بِالْقَبُولِ، وَالْقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالََةَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

غاية البيان

إلى هنا لفظ الكرخي في «مختصره».

قوله: (وَلَنَا: أَنَّ الْقَبْضَ)، وكان ينبغي أن يقول: وَجْهُ الاستحسان؛ لأنه ذكر القياس والاستحسان، ولم يذكر قول الخصم في المتن، فلم يكن قوله: (وَلَنَا) مناسباً.

قوله: (وَالْمَقْصِدُ مِنْهُ)، أي: مِنَ الْهَبَةِ، وذكر الضمير الراجع إلى المؤنث بتأويل العقد.

قوله: (إِلْحَاقًا لَهُ)، أي: لِلْقَبْضِ.

قوله: (فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ)، أي: بِالْقَبُولِ، والمراد بما يُلْحَقُ بِهِ: هو القبض.

قوله: (بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ)، وكان ينبغي أن يذكر

قوله: (بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ)، بواو العطف عطفًا على قوله: (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبِضَ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُمَا وَاحِدٌ.

يَعْنِي: كَمَا لَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمُؤْهَبِ لَهُ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ؛ لَا يَجُوزُ قَبْضُهُ أَصْلًا إِذَا وَجَدَ النِّهْيُ مِنَ الْوَاهِبِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَقَبْلَ النِّهْيِ^(١)، بِدَلَالَةِ التَّسْلِيْطِ عَلَى الْقَبْضِ، فَإِذَا جَاءَ النِّهْيُ صَرِيحًا تَرَكَّتِ الدَّلَالَةُ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ [٤٦٢/٢] يَفُوقُ الدَّلَالََةَ.

(١) وقع بالأصل: «وقيل النهي». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ت»، «و»، «غ».

قَالَ: وَتَنَعِّدُ الْهَبَةَ بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَأَعْطَيْتُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ، وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ. قَالَ عليه السلام: «أَكُلْ أَوْلَادَكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟» وَكَذَا الثَّلَاثُ، [١٠٨/ظ] يُقَالُ: أَعْطَاكَ اللَّهُ وَوَهَبَكَ اللَّهُ بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَكَذَا تَنَعَّيْتُ بِقَوْلِهِ: أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلْتُ هَذَا الثَّوبَ لَكَ وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَيْتُ بِالْحِمْلَانِ الْهَبَةَ.

غاية البيان

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَُوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ»: «فَأَمَّا إِذَا نَهَاكَ عَنْ الْقَبْضِ بَعْدَ الْهَبَةِ، بِأَنْ قَالَ لَهُ: لَا تَقْبِضْ فَقَبْضٌ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ، قَبْضٌ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ بَعْدَ الْمَجْلِسِ.

أَمَّا بَعْدَ الْمَجْلِسِ: فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَبْضٌ فِي الْمَجْلِسِ؛ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ، فَبَعْدَ الْمَجْلِسِ أَوْلَى، وَإِنْ قَبْضٌ فِي الْمَجْلِسِ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ نَهْيَ الْوَاهِبِ الْمُوْهُوبَ لَهُ عَنِ الْقَبْضِ رَجُوعٌ عَنِ الْإِيجَابِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي بَابِ الْهَبَةِ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي بَابِ الْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ إِنْ الْمِلْكَ بِهِ يَقَعُ، فَيَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الْقَبْضِ بِمَنْزِلَةِ النَّهْيِ عَنِ الْقَبُولِ فِي بَابِ الْبَيْعِ، وَالْبَائِعُ لَوْ نَهَى الْمُشْتَرِيَ عَنِ الْقَبُولِ بَعْدَ الْإِيجَابِ؛ كَانَ ذَلِكَ رَجُوعًا مِنْهُ عَنِ الْإِيجَابِ دَلَالَةً، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَلَوْ رَجَعَ ثُمَّ قَبْضَ؛ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ، فَكَذَا هَذَا».

قَوْلُهُ: (وَتَنَعِّدُ الْهَبَةَ بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَأَعْطَيْتُ)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَأَطْعَمْتُكَ [٢٦٢/٦ ظ/م] هَذَا الطَّعَامَ، وَجَعَلْتُ هَذَا الثَّوبَ لَكَ، وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ، إِذَا نَوَيْتُ بِالْحِمْلَانِ الْهَبَةَ»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ.

أَمَّا انْعِقَادُ الْهَبَةِ بِقَوْلِهِ: (وَهَبْتُ)؛ فَلِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْهَبَةِ، فَانْعَقَدَتْ بِهِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤].

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِأَنَّ الْإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكَ الْعَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ لَا تُطْعَمُ^(١)؛ وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمْلِيكِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

وَأَمَّا إِذَا قَالَ: نَحَلْتُكَ عَبْدِي هَذَا، أَوْ قَالَ: نَحَلْتُكَ هَذَا الثَّوبَ، وَقَبَضَهُ الْمُنْحُولُ لَهُ؛ كَانَ هِبَةً؛ لِأَنَّ التُّحْلَى^(٢) وَالْهِبَةَ فِي اللُّغَةِ سَوَاءٌ؛ لِمَا حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الآثار»: مَسْنَدًا إِلَى التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ: نَحَلَنِي أَبِي غُلَامًا، فَأَمَرْتَنِي أُمِّي أَنْ أَذْهَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِأَشْهَدَهُ عَلَى ذَلِكَ، فَقَالَ ﷺ: «أَكُلْ أَوْلَادَكَ أَعْطَيْتَهُ^(٣)؟» فَقَالَ: لَا، قَالَ: «فَارْذُدْهُ»^(٤).

وَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ «شرح الآثار» أَيْضًا قَبْلَ هَذَا - عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَتَصَحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) -: عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «إِنَّ أَبَا بَكْرٍ نَحَلَهَا جَادًّا عَشْرِينَ وَسَقًّا»^(٥).

فَعِلِمَ: أَنَّ التُّحْلَى وَالْهِبَةَ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ وَاللُّغَةِ سَوَاءٌ، فَلَوْ قَالَ: وَهَبْتُ؛ تَنَعَّقِدُ بِهِ الْهِبَةُ، فَكَذَا إِذَا قَالَ: نَحَلْتُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ^(٦): «أَعْطَيْتُكَ هَذَا الثَّوبَ»؛ يَتَنَعَّقِدُ هِبَةً، فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ التَّمْلِيكِ بِغَيْرِ عَوَظٍ؛ لِأَنَّ الْإِعْطَاءَ وَالْإِيتَاءَ سَوَاءٌ فِي اللُّغَةِ، فَإِذَا كَانَ عِبَارَةً عَنِ التَّمْلِيكِ

(١) زَادَ بَعْدَهُ فِي (ط): «فَيَكُونُ الْمُرَادُ أَكْلَ غُلَّتِهَا».

(٢) التُّحْلَى: الْعَطِيَّةُ، بوزن: التُّحْلَى. يَنْظُرُ: «مَخْتَارُ الصَّحَاحِ» لِزَيْنِ الرَّازِيِّ [ص/٣٠٦/ مادة: نحل].

(٣) أَي: أَعْطَيْتَ مِثْلَ هَذَا. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م».

(٤) أَخْرَجَهُ: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ وَفَضْلِهَا/ بَابِ الْهَبَةِ لِلْوَلَدِ وَإِذَا أُعْطِيَ بَعْضُ وَلَدِهِ شَيْئًا لَمْ يَجْزِ حَتَّى

يَعْدَلَ بَيْنَهُمْ وَيُعْطَى الْآخَرِينَ مِثْلَهُ وَلَا يَشْهَدُ عَلَيْهِ [رَقْم/٢٤٤٦]، وَمُسْلِمٌ فِي كِتَابِ الْهَبَاتِ/ بَابِ

كَرَاهَةِ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْأَوْلَادِ فِي الْهَبَةِ [رَقْم/١٦٢٣]، مِنْ حَدِيثِ التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ نَحْوَهُ.

(٥) مَضَى تَخْرِيجَهُ.

(٦) أَي: قَوْلُ الْقُدُورِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِقَوْلِهِ ﷺ: «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي فِيهِ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلَوَرَّثَتْهُ مِنْ بَعْدِهِ» وَكَذَا إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمْرِي؛ لِمَا قُلْنَا.

غاية البيان

- وقد أُضِيفَ إِلَى الْعَيْنِ - كَانَ هِبَةً.

وَأَمَّا قَوْلُهُ ^(١): «أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ»، فَإِذَا أَقْبَضَهُ وَقَبَضَهُ كَانَ هِبَةً، وَإِنْ كَانَ الْإِطْعَامُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةً عَنِ الْإِبَاحَةِ بِدَلَالَةِ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ هِيَ الْمَحْتَاجَةُ إِلَى الْقَبْضِ لَا الْإِبَاحَةَ، فَإِنَّهَا تَتِمُّ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، وَصَدْرُ الْكَلَامِ قَدْ يَتَغَيَّرُ إِذَا كَانَ فِي آخِرِهِ مَا يُغَيِّرُ أَوَّلَهُ، كَمَا فِي التَّعْلِيقِ وَالِاسْتِثْنَاءِ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ، حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَّةً لَا هِبَةً؛ لِأَنَّ عَيْنَ الْأَرْضِ لَا تُطْعَمُ، وَغَلَّتْهَا تُطْعَمُ، فَانْصَرَفَ الْإِطْعَامُ إِلَى الْغَلَّةِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَطْعَمْتُكَ غَلَّةَ هَذِهِ الْأَرْضِ، فَيَصِيرُ مُعِيرًا لِلأَرْضِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ إِطْعَامَ غَلَّةٍ مَعْدُومَةٍ لَا يُصَوِّرُ إِلَّا بَعْدَ إِعَارَةِ الْأَرْضِ مِنْهُ.

وَلَنَا فِي تَقْرِيرِ صَاحِبِ «الْهِدَايَةِ» نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: (إِنَّ الْإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ: يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ)، فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنَ الْإِطْعَامِ فِي الْكَفَّارَةِ التَّمْلِيكُ، لَا الْإِبَاحَةَ، كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الْخُصْمِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الْإِطْعَامِ إِطْعَامُ الطَّعَامِ، وَالطَّعَامُ يُؤْكَلُ عَيْنُهُ، فَكَانَ الْإِطْعَامُ فِي الْآيَةِ مُضَافًا إِلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ، فَافْهَمُ ^(٢).

وَأَمَّا قَوْلُهُ ^(٣): «جَعَلْتُ هَذَا الثَّوْبَ لَكَ». فَلَمَّا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ فِي هَجْرَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فَلَمَّا قَرَّبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّاحِلَتَيْنِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ [٤٦٢/٢] ظ [وَاللَّهُ]»،

(١) أي: قول القُدُورِيِّ ﷺ.

(٢) اعترض عليه العيني بقوله: لا نسلم أنه أُضِيفَ إِلَى مَا يُؤْكَلُ عَيْنُهُ بَلْ هُوَ مُضَافٌ إِلَى عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ، فَافْهَمُ. يَنْظُرُ: «الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهِدَايَةِ» [١٠/١٦٦].

(٣) أي: قول القُدُورِيِّ ﷺ.

وَأَمَّا الرَّابِعُ: فَلِأَنَّ الْحَمْلَ هُوَ الْإِرْكَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونُ عَارِيَةً لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ
الْهَبَةَ، يُقَالُ: حَمَلَ الْأَمِيرُ فُلَانًا عَلَى فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نَيْتِهِ.

غاية البيان

قَدَّمَ لَهُ أَفْضَلَهُمَا، ثُمَّ [م/٢٦٣/٦] قَالَ لَهُ: ارْكَبْ فَذَاكَ أَبِي وَأُمِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنِّي لَا أَرْكَبُ بَعِيرًا لَيْسَ لِي»، قَالَ: فَهِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ بِأَبِي
أَنْتَ وَأُمِّي، قَالَ: «لَا، وَلَكِنْ مَا الثَّمَنُ الَّذِي ابْتَعْتَهَا بِهِ؟» قَالَ: كَذَا وَكَذَا، قَالَ: «قَدْ
أَخَذْتُهَا بِذَلِكَ»، قَالَ: هِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَارْكَبَا وَانْطَلَقَا^(١).

فَدَلَّ أَنْ قَوْلَهُ: «لَكَ» يَدُلُّ عَلَى الْهَبَةِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ^(٢): «أَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ»، فَلِأَنَّ الْعُمْرَى وَالْهَبَةَ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ
سَوَاءٌ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا رَوَى فِي «شرح الآثار»: مسنداً إِلَى طَاوُسٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ
عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْعُمْرَى لِمَنْ وَهَبْتُ لَهُ»^(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضاً: بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي الزُّبَيْرِ^(٤) عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ لَا تَعْمُرُوهَا، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً^(٥)، فَهُوَ لَهُ»^(٦).

(١) ينظر: «السيرة النبوية لابن إسحاق/ تهذيب ابن هشام» [١٣/٣].

(٢) أي: قول القدوري رحمه الله.

(٣) أخرجه: النسائي في كتاب الرُّقْبَى [رقم/٣٧١٠]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٢٦١٦]، والطحاوي
في «شرح معاني الآثار» [٩٢/٤]، من طريق أبي الزُّبَيْرِ، عَنْ طَاوُسٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله به.
واللفظ للطحاوي وحده.

قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٧٦/١٤].
وله شاهد بمثل هذا اللفظ: أخرجه مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود
في كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٥٠]، والنسائي في كتاب العمري [رقم/٣٧٥٠]،
والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩٢/٤]، وغيرهم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله به.

(٤) أبو الزبير: محمد بن مسلم بن ثَدْرُس. سَمِعَ جَابِراً. ذكره مسلم في «الكنى». وينظر: «الكنى»
والأسماء» لمسلم بن الحجاج [ص/٣٤٧].

(٥) أي: أعطى له عمرة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٦) أخرجه: مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، والنسائي في كتاب العمري =

وَلَوْ قَالَ: كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوبَ ؛ يَكُونُ هِبَةً ؛ لِأَنَّهُ يَرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ كَسَوْتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ: كَسَا الْأَمِيرُ فَلَانًا ثَوْبًا: أَي مَلَكَهُ مِنْهُ .

غاية البيان

وَأَمَّا قَوْلُهُ^(١): «حَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ» ، إِنَّمَا تَكُونُ هِبَةً إِذَا عَنِيَ بِهِ إِيَّاهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْأَمْرَيْنِ: الْعَارِيَّةَ وَالْهِبَةَ ، فَيُعْتَبَرُ نِيَّتُهُ ، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِذَا مَا أَتَوَكَ لِحَمَلِهِمْ﴾ [التوبة: ٩٢] ، أَي: لِتَرْكِبِهِمْ .

وَيُقَالُ: حَمَلَ فَلَانٌ فَلَانًا إِلَى مَكَّةَ ، أَي: أَرْكَبُهُ دَابَّةً ، وَأَعَارَهَا إِيَّاهُ ، وَيُرَادُ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ أَيْضًا فِي عُرْفِ النَّاسِ ، فَيُقَالُ: حَمَلَ الْأَمِيرُ فَلَانًا عَلَى فَرَسٍ ؛ إِذَا أَعْطَاهَا إِيَّاهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ يُحْمَلُ عَلَى الْإِعَارَةِ لِتَيْقُنِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا زَادَ عَلَيْهِ مَشْكُوكٌ ، فَلَا يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ .

قَالَ أَهْلُ اللُّغَةِ: الْحُمْلَانُ أَجْرٌ مَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ مِنَ الدَّوَابِّ فِي الْهِبَةِ خَاصَّةً ، وَيُقَالُ: الْحُمْلَانُ: الْجَنِيْبَةُ^(٢) بِنَفْسِهَا .

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوبَ ؛ يَكُونُ هِبَةً) ، ذَكَرَهَا وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ «الْمَبْسُوطِ» تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ»: وَإِذَا قَالَ: كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوبَ كَانَ هِبَةً ؛ لِأَنَّهُ الْكِسْوَةُ فِي عُرْفِ لِسَانِ الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عَنْ تَمْلِيكِ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لَا عَنْ تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ ، قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْ كَسَوْتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] .

وَالْمُرَادُ بِهِ: تَمْلِيكُ الْعَيْنِ لَا تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْفَاظُ تَحْمَلُ عَلَى مَا هُوَ

= [رقم/٣٧٣٧] ، وَالطَّحَاوِيُّ فِي «شرح معاني الآثار» [٩٢/٤] ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنه بِهِ .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «قَوْلُكَ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) الْجَنِيْبَةُ: الْعَلِيقَةُ ، وَهِيَ النَّاقَةُ تُعْطِيهَا الْقَوْمَ لِيَمْتَارُوا لَهَا عَلَيْهَا . يَنْظُرُ: «صَحَاحُ اللُّغَةِ» لِلْجَوْهَرِيِّ [١٠٢/١] مَادَّةُ: جَنْبٌ .

وَلَوْ قَالَ: مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ: كَانَتْ عَارِيَّةً؛ لَمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

المراد من ألفاظ الشرع.

قوله: (وَلَوْ قَالَ: مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ: كَانَتْ عَارِيَّةً؛ لَمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ)، وهذا أيضاً ذكر تفريعاً، وأشار بقوله: (لَمَا رَوَيْنَا)، إلى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»^(١).

وهكذا ذكر الجواب شيخ الإسلام علاء الدين الأسبجاني في «شرح الكافي» من غير تفصيل، وقال: «إذا قال: «منحك هذه الأرض»؛ فهي عارية». ولكن شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فصل في «مبسوطه» وقال: «إذا قال: «منحك»: إن كان مضافاً [٢٦٣/٦ ط/م] إلى ما يُمكن الانتفاع [به]^(٢) مع بقاء العين؛ يكون إعارة، وإن أضاف إلى ما [لا]^(٢) يُمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، كالدرهم والطعام يكون هبة، وذلك لأن المنحة تُذكر ويُراد به العارية، قال النبي ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ»^(٣)، وأراد به: العارية؛ لأن الهبة لا تكون مردودة، إنما المردودة العارية، ويُذكر ويُراد به الهبة، يقال: منح فلان فلاناً، أي: وهب له.

وإذا كانت اللفظة صالحة للأمرين جميعاً^(٤)، والعمل بهما متعذر في عين واحدة؛ لأن العين الواحد لا يتصور أن تكون عارية وهبة في وقت واحد؛ عملنا بهما في محالين مختلفين.

فقلنا: إذا أضيفت المنحة إلى عين يُمكن الانتفاع به مع بقاء عينه؛ جعلت عارية؛ لأن رد العين مُمكن مع الانتفاع به، وإن أضيف إلى عين لا يُمكن الانتفاع

(١) مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «لأمرين عيناً». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَلَوْ قَالَ: دَارِي لَكَ هِبَةٌ سُكْنَى أَوْ سُكْنَى هِبَةٌ ؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

به مع بقاء عينه ؛ جُعِلَ هِبَةٌ ، كما في المكيل والموزون ؛ توفيراً على المعنيين حظهما بقدر الإمكان .

قال في «الجمهرة» : «منحت الرجل أمْنَحُهُ ، وأمْنَحُهُ ؛ إذا أعطيته ، وأصل المَنْحِ : أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ [٤٦٣/٢] الرَّجُلَ نَاقَةً أَوْ شَاةً ، فَيَشْرَبُ لَبَنَهَا ، ثُمَّ يَرُدُّهَا ، ثُمَّ كَثُرَ ذَلِكَ حَتَّى صَارَ كُلُّ مَنْ أَعْطَى شَيْئًا فَقَدْ مَنَحَ ، وَالنَّاقَةُ مَنَحَةٌ وَمَنِحَةٌ»^(١) .

قوله : (وَلَوْ قَالَ: دَارِي لَكَ هِبَةٌ سُكْنَى أَوْ سُكْنَى هِبَةٌ ؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ) ، وهذه من مسائل «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه : «محمّد عن يعقوب عن أبي حنيفة : فِي الرَّجُلِ يَقُولُ : هَذِهِ لَكَ هِبَةٌ سُكْنَى ، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ ، قَالَ : هَذِهِ عَارِيَّةٌ ، وَإِنْ قَالَ : هِيَ لَكَ هِبَةٌ تَسْكُنُهَا ؛ فَهِيَ هِبَةٌ ، وَإِنْ قَالَ : هِيَ لَكَ سُكْنَى هِبَةٌ ؛ فَهِيَ سُكْنَى»^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير» .

وَنَصَبَ هِبَةً فِي قَوْلِهِ : «هِبَةٌ سُكْنَى» : عَلَى الْحَالِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : دَارِي لَكَ عُمَرَى سُكْنَى فَقَبَضَهَا ؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : هِيَ لَكَ نُحْلَى سُكْنَى ، أَوْ قَالَ : سُكْنَى صَدَقَةٌ ، أَوْ قَالَ : [هِيَ]^(٣) لَكَ صَدَقَةٌ عَارِيَّةٌ ، أَوْ قَالَ : [هِيَ]^(٤) لَكَ هِبَةٌ عَارِيَّةٌ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لَكَ عَارِيَّةٌ هِبَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى الْجَهَةِ - وَهِيَ السُّكْنَى وَالْعَارِيَّةُ - كَانَ الْمُرَادُ أَنَّهَا لَهُ فِي حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ .

بيانُ هذا : أَنَّ اللَّامَ فِي التَّمْلِيكِ فِي قَوْلِهِ : «هِيَ لَكَ» ، فَاحْتَمَلَ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَمَّا ذَكَرَ السُّكْنَى أَوْ الْعَارِيَّةَ ؛ كَانَ مُحْكَمًا فِي إِرَادَةِ تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ وَالْهِبَةِ

(١) ينظر : «جمهرة اللغة» لابن دريد [٥٧٢/١] .

(٢) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦ - ٤٣٧] .

(٣) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٤) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

مَحْكَمٌ فِي تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ وَالْهَبَةِ تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ الْعَيْنِ فَيُحْمَلُ
الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ،

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

محتملة لإرادة تملك المنفعة، فحمل المحتمل على المحكم.

وهذا بخلاف ما إذا قال: هي لك هبة تسكنها، أو عمرى تسكنها فهي هبة؛
لأن قوله: «تسكنها»، وقع مشورة، لا تفسيراً، وهذا لأن قوله: «داري لك» اسم،
وقوله: «سكنى» اسم، والاسم يصلح أن يكون نعتاً وتفسيراً للاسم، فصار كأنه
قال: لك سكنى داري، ولو قال ذلك كانت عارية، فكذلك هذا، بخلاف
قوله: «تسكنها»؛ لأنه لا يصلح نعتاً وتفسيراً لقوله: «داري لك»؛ لأن [٢٦٤/٦] لأن
الفعل لا يصلح نعتاً للاسم. كذا قال خواهر زاده.

والأولى أن يقال: إنه أراد بالهبة: السكنى في قوله: «هبة سكنى»؛ لأنه
فسرها بها، وهبة السكنى عارية، بخلاف قوله: «تسكنها»؛ لأنه أخرج الكلام في
الهبة مخرج الإرسال، وأخرج الكلام في السكنى مخرج المشورة، فصار كأنه قال:
وهبت لك هذه الدار وسكت، ثم قال: اسكن هذه الدار، فصار مشورة؛ كقوله:
هذا الطعام لك تأكله، وهذا الثوب لك تلبسه.

وإن قال: هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم، أو إجارة هبة؛ فهي إجارة في
الوجهين جميعاً؛ لأنه نص على جهة الإجارة، هذا لا يشكل إذا قال: هبة إجارة؛
لأنه ذكر في آخر كلامه ما يغير أوله، وإنما الإشكال فيما إذا قال: داري لك إجارة
هبة كل شهر بكذا؛ فإنها لا تكون هبة، بل تكون إجارة؛ لأن أول الكلام إنما يتغير
بآخيه إذا كان أول الكلام محتملاً للتغير، كما في استثناء البعض والتعليق، فإذا
لم يكن محتملاً للتغير؛ فلا يتغير كاستثناء الكل، وهنا لا يتحمل أول الكلام
التغير؛ لأن أول الكلام معاوضة، والمعاوضة لا تحتل التغير إلى التبرع.

وَكَذَا إِذَا قَالَ: عُمَرَى سَكْنَى أَوْ نُحْلَى سَكْنَى أَوْ سَكْنَى صَدَقَةٌ أَوْ صَدَقَةٌ غَارِيَةٌ أَوْ غَارِيَةٌ هِبَةٌ لِمَا قَدَّمْنَا.

غاية البيان

ولم يَذْكُرْ في «المبسوط» أن الإِجَارَةَ تَكُونُ لازمةً أَوْ غيرَ لازمةٍ.

قال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخَوَاهِر زَاوَدَه رحمته الله في «مبسوطه»: «حُكِيَ عن الإمام أبي بكرٍ محمد بنِ حامِدٍ رحمته الله ^(١) أنه قال: دخلتُ على الجصاصِ واستفدتُ منه فوائدَ أحدها هذه، وهو أنه قال: هذه الإِجَارَةُ ^(٢) لا تَكُونُ لازمةً، حتَّى كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يَرْجِعَ قَبْلَ الْقَبْضِ وبعْدَ الْقَبْضِ أيضاً لكلِّ واحدٍ منهما أن يَفْسَخَ، لكن إذا سَكَنَ يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لأنَّ الْمَنَافِعَ في الْمُسْتَقْبَلِ غيرُ مَقْبُوضَةٍ، وهذا لأنه أَمَكَنَ الْعَمَلُ بِاللَّفْظَيْنِ، فَيَعْمَلُ بهما بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ ^(٣)، كما في الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ».

وقال في «شرح الكافي»: «وإن قال: وهبْتُ العبدَ هذا لك [٢/٤٦٣ ط]، حياتك وحياته، وقَبَضَهُ؛ فهذه هِبَةٌ جائِزَةٌ، وهذه هي الْعُمَرَى، فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَتَصِحُّ الْهِبَةُ، وكذلك قوله: وهبْتُ [لك] ^(٤) هذا العبدَ حياتك، فإذا مِتَّ فهو لي، وإذا مِتُّ أنا؛ فهو لوارثي».

وكذلك لو قال: هذه هِبَةٌ لك وَلِعَقَبِكَ مِنْ بَعْدِكَ؛ فهي هِبَةٌ، وَذِكْرُ الْعَقَبِ لَغْوٌ؛ لِمَا بَيَّنَّا: أن الشُّرُوطَ الْفَاسِدَةَ لَا تَفْسُدُ بِهَا الْهِبَةُ، وإن قال: أَسْكَنْتُكَ هذه الدارَ حياتك وَلِعَقَبِكَ مِنْ بَعْدِكَ؛ فهي غَارِيَةٌ؛ لأنَّ الْإِسْكَانَ تَنْصِصُ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنْفَعَةِ ^(٥).

قوله: (نُحْلَى سَكْنَى)، قال في «تهذيب ديوان الأدب»: «النُّحْلَى:

(١) محمد بن حامد: هو محمد بن علي أبو بكر البخاري الحنفي. وقد تقدّمت ترجمته.

(٢) في «غ»: «الإعارة».

(٣) وقع بالأصل: «تعذر الإمكان». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٦].

وَلَوْ قَالَ: هِبَةٌ تَسْكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ، لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيهُ عَلَى الْمَقْصُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: هِبَةٌ سَكَنَى؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.
قَالَ: وَلَا تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ مَقْسُومَةٌ، وَهِبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ جَائِزَةٌ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

الْعَطِيَّةُ^(١).

قَوْلُهُ: (مَشُورَةٌ)، هِيَ بِتَسْكِينِ الشَّيْنِ، وَفَتْحِ الْوَائِ، أَوْ بَضْمِ الشَّيْنِ، وَسُكُونِ الْوَائِ، بِمَعْنَى: الشُّورَى، وَهِيَ اسْتِخْرَاجُ رَأْيٍ عَلَى غَالِبِ الظَّنِّ.
قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا [٢٦٤/٦ م]) تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ مَقْسُومَةٌ، وَهِبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ جَائِزَةٌ، [أَي] ^(٢): قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣).
وَقَوْلُهُ: (مَحْزُورَةٌ)، احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ مَشْغُولَةً بِمَا لَمْ تَقَعْ عَلَيْهِ الْهِبَةُ، كَالْتَمَرِ فِي النَّخْلِ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ، وَكَالظَّرْفِ فِيهِ مَتَاعٌ لِلْوَاهِبِ.
وَقَوْلُهُ: (مَقْسُومَةٌ)، احْتِرَازٌ عَنِ الْمَشَاعِ، قَالَ: عِلْمَاؤُنَا: هِبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا تَتِمُّ، وَلَا تُفِيدُ الْمِلْكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: إِنَّهَا تَامَّةٌ ^(٤).

وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا قَالُوا: إِنَّهَا فَاسِدَةٌ. وَالْأَصَحُّ مَا قُلْنَا، كَالْهِبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّهَا فَاسِدَةٌ، بَلْ غَيْرُ تَامَّةٍ، كَذَا هَذَا.

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٦/٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبخاري

[٥٢٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ فَتَصِحُّ فِي الْمَشَاعِ كَالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ ، وَهُوَ الْمِلْكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ .

﴿ غاية البيان ﴾

وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ هِبَةَ الْمَشَاعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ - كَالْعَبْدِ وَالذَّابَّةِ - تَامَّةٌ .
كَذَا قَالَ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ»^(١) .

وَقَالَ فِي «الطَّرِيقَةِ الْبَرْهَانِيَّةِ»: «قَالَ عُلَمَاؤُنَا: هِبَةُ الشَّائِعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا تُفِيدُ الْمِلْكَ قَبْلَ الْقَبْضِ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: تُفِيدُ الْمِلْكَ بِالتَّخْلِيَةِ .

وَأَجْمَعُوا عَلَى [أَنْ]^(٢) هِبَةُ الشَّائِعِ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ تُفِيدُ الْمِلْكَ بِالتَّخْلِيَةِ» .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا وَهَبَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ نَصِييًّا مُسَمًّى فِي دَارٍ غَيْرِ مَقْسُومٍ ، فَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ سَلَّمَ إِلَيْهِ جَمِيعَ الدَّارِ لَمْ يَجْزُ ، وَكَذَا إِنْ وَهَبَ لَهُ نَصِييًّا فِي بَيْتٍ [كَبِيرٍ]^(٣) لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ يُقْسَمُ ، وَكُلُّ شَيْءٍ يُقْسَمُ لَا يَجُوزُ ، وَهَذَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رحمه الله .

وَنَعْنِي بِقَوْلِنَا: إِنَّهُ يُقْسَمُ ؛ أَنَّهُ يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ انْتِفَاعُ الْبَيْتِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ مُنْتَفَعًا بِهِ ذَلِكَ النُّوعُ مِنَ الْانْتِفَاعِ ، مِثْلُ الْحَمَّامِ الصَّغِيرِ إِذَا قُسِمَ ، وَالْبَيْتِ الصَّغِيرِ ، فَإِنَّهُ تَجُوزُ هِبَتُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ اتِّفَاقًا»

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَبُو بَكْرٍ الْمَعْرُوفُ بِخُوَاهِرِ زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ»: «قَالَ

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٩١] .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

وَلَنَا: أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْهَبَةِ فَيَشْتَرِطُ كَمَالَهُ وَالْمَشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٍ، وَلِأَنَّ فِي [١٠٩/١] تَجْوِيزِهِ إِلْزَامُهُ شَيْئًا لَمْ يَلْزِمْهُ وَهُوَ الْقِسْمَةُ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ كَيْلَا يَلْزِمَهُ التَّسْلِيمُ،

غاية البيان

علمائونا: إِذَا وَهَبَ مُشَاعًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا يَجُوزُ، سَوَاءً وَهَبَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، أَوْ مِنْ شَرِيكِهِ.

[وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ وَمِنْ الشَّرِيكِ] ^(١) [٢].

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: إِنْ وَهَبَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ؛ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ وَهَبَ مِنَ الشَّرِيكِ؛ جَاز.

وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا وَهَبَ مَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَلَا يَرِيدُونَ بِقَوْلِهِمْ: إِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ: أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّجْزُؤَ فِي نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا مِنْ شَيْءٍ فِي الدُّنْيَا إِلَّا وَيَحْتَمِلُ التَّجْزُؤَ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يُرِيدُونَ بِقَوْلِهِمْ: لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ: أَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَفُوتُ أَصْلًا بِالْقِسْمَةِ وَالتَّجْزُؤِ، كَمَا فِي الْعَبْدِ مَتَى قُسِّمَ وَجُزِيَ تَفُوتُ الْمَنْفَعَةُ أَصْلًا، أَوْ تَفُوتُ جَنْسُ الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي الْحَمَّامِ وَالْبَيْتِ الصَّغِيرِ. إِلَى هُنَا لَفْظُ خَوَاهِرِ زَادَهُ.

وَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: أَنَّ الْمَشَاعَ بَعْضُ الْكُلِّ، وَهَبَةُ الْكُلِّ جَائِزَةٌ، فَكَذَا هَبَةُ الْبَعْضِ، كَمَا فِي الْمَشَاعِ فِي الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ.

وَالْفِقْهُ فِيهِ: أَنَّ الْمَشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِ الْهَبَةِ، وَهُوَ الْمِلْكُ، وَلِهَذَا صَحَّ هَبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، فَكَذَا يَقْبَلُ الْمِلْكُ بِسَبَبِ الْبَيْعِ، فَكَانَ الْمَشَاعُ [٤٦٤/٢] مُحَلًّا لِلْهَبَةِ.

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٢٩/٤]. «روضة الطالبين» للنووي

[٣٧٣/٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للذميري [٥٤٧/٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ الْقَاصِرَ هُوَ الْمُمَكِّنُ فَيَكْتَفِي بِهِ ، ، وَلِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ .

﴿ غاية البيان ﴾

والدليل على هذا: أن المَشَاعَ [٢٦٥/٦ و ٢٦٥/٧] يَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ ، وبَدَلِ الصَّرْفِ ، والقَبْضُ شَرْطٌ فِي بَابِ السَّلَمِ والصَّرْفِ ، فلو لم يَكُنِ المَشَاعُ قَابِلًا لِلْقَبْضِ ؛ لَمَا صَلَحَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ وبَدَلِ الصَّرْفِ .

وكذلك إذا باع الشائع الذي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بَيْعًا فاسدًا ، وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي ؛ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، وَيُخْرَجُ عَنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ ، والخروجُ من ضَمَانِ الْبَائِعِ والدخولُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَبْضِ ، فلو لم يَكُنْ مُحَلًّا لِلْقَبْضِ ؛ لَمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، وكذلك قَرْضُ المَشَاعِ فِي الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحٌ ، والقَرْضُ تَبَرُّعٌ ، والتَّبَرُّعُ لَا يَصَحُّ بِدُونِ الْقَبْضِ .

بيانه: أنه نصَّ في «كتابِ الْمُضَارَبَةِ» فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا نَصْفَهُ قَرْضًا ، وَنَصْفَهُ مُضَارَبَةً ؛ فَإِنَّهُ يَصَحُّ ، وكذلك لو أَوْصَى بِثُلْثِ دَارِهِ شائعًا ؛ يَصَحُّ وَيَبْتُثُّ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ .

ولنا: ما رَوَيْنَا عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَتَصَحُّ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) ، أن أبا بكرٍ قَالَ لِعَائِشَةَ : «وَإِنِّي^(١) كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادًا عِشْرِينَ وَسَقًا ، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِهِ وَاحْتَرَزْتِهِ كَانَ لَكَ ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ»^(٢) ، فَشَرَطَ الْحَيَازَةَ لَصَحَّةِ الْهَبَةِ .

وَرُويَ فِي نُسْخِ «المبسوط» : «عن أبي بكرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ عليهم السلام أَنَّهُمْ قَالُوا : «لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَحْزُورَةً مَقْبُوضَةً»^(٢) .

وَالْحَيَازَةُ : جَمْعُ الشَّيْءِ فِي حَيْزٍ وَاحِدٍ ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقِسْمَةِ .

(١) وقع بالأصل : «وإن» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٢) مضى تخريجه .

غاية البيان

والفقه فيه: أن القبض شرط لصحة الهبة باتفاق بيننا وبينه، والقبض لا يتحقق في الشائع؛ لأن المعين شرط لصحة القبض؛ لأنه يلاقيه الفعل حقيقة، وإنما يُصَوَّر ملاقة الفعل إذا كان بحيث يُشار إليه؛ ليقصده الفاعل بالفعل، والشائع لا يُشار إليه، فلا يتأتى فيه القبض.

بخلاف ما لا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ لأنه تعذر تحقيق القبض الكامل فيه، فاكْتَفِيَ بالقبض القاصر؛ ولأننا إنما شرطنا القبض احترازاً عن إلزام الواهب ضمان القسم، وههنا لا يلزمه ضمان القسم، فحكّمنا بالجواز.

وقال شيخ الإسلام خَوَاهِر زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ»: «والمعنى في المسألة: أن هذا حُكْمٌ شَرْعِيٌّ عُلِّقَ بِسَبَبٍ، فلا يَثْبُتُ بِالنَّقِصِ مِنَ السَّبَبِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ؛ قِيَاساً عَلَى وَقْعِ الْمَلِكِ فِي بَابِ الْبَيْعِ^(١) لَمَّا كَانَ حُكْمًا شَرْعِيًّا عُلِّقَ بِسَبَبٍ - وَهُوَ الْبَيْعُ - لَمْ يَثْبُتْ بِالنَّقِصِ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَهُوَ الْبَيْعُ بِالْإِشَارَةِ مِنَ النَّاطِقِ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ دُونَ النَّاطِقِ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

ونعني بقولنا: «حُكْمٌ شَرْعِيٌّ»: أَنَّ الْمَعْلُوقَ بِالْقَبْضِ فِي بَابِ الْهَبَةِ إِنَّمَا هُوَ الْمَلِكُ، وَأَنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَا يُرَى وَلَا يُشَاهَدُ، فَلَا يَثْبُتُ بِالنَّقِصِ مِنَ الْقَبْضِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَقَدْ تَمَكَّنَ [٢/٢٦٥/١] فِي قَبْضِ الْمَشَاعِ نَقْصَانٌ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْهَبَةِ فِي الشَّائِعِ إِنَّمَا يَخْصُلُ تَبَعًا لِقَبْضِ مَا لَيْسَ بِهِ بِمَقْصُودًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْصُلُ قَبْضُهُ إِلَّا بِقَبْضِ الْكُلِّ، وَمَا يَخْصُلُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ يَكُونُ أَنْقَصَ مِنَ الْحَاصِلِ مَقْصُودًا».

وقال في «الطريقة البرهانية»: «والدليل على أن قبض المشاع ناقص: أن القسم من تمام القبض، والشيء بدون ما يتم به يكون ناقصاً، وبيان أن القسم

(١) وقع بالأصل: «باب الملك». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

هـاية البيان

من تمام القبض أن الأنصباء قبل القسمة متفرقة، وبالقسمة تجتمع فتقبض. ولهذا إذا اشترى نصف دار شائعاً، وقاسمه البائع؛ ليس للشفيع أن ينقض القسمة، وللشفيع نقض كل تصرف باشره المشتري إلا القبض، وما هو من تمام القبض، فلو لا أن القسمة من تمام القبض؛ كان له حق النقض^(١)، وإذا ثبت أن قبض الشائع ناقص؛ لا يجوز أن يكتفى به من غير ضرورة.

وقال خواهر زاده: ولا يلزم على ما قلنا: ما لا يحتمل القسمة [٢/٤٦٤]؛ لأننا قلنا: حكم شرعي علق بسبب، فلا يثبت بالنقص من السبب من غير ضرورة، وفيما لا يحتمل القسمة ضرورة، وهو فوات المنفعة أصلاً على الواهب، أو فوات جنس المنفعة متى قسم.

والحكم الشرعي إذا علق بالسبب يجوز أن يثبت بالنقص من السبب حالة الضرورة، كما يثبت البيع بالإشارة من الأخرس؛ لأن الحال حال ضرورة، ولا ضرورة فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن القسمة تمكن حتى يزول النقصان المتمكن في القبض.

والجواب عن المسائل فنقول: القبض ليس بشرط في البيع بخلاف الهبة، فافتراقاً، فجاز بيع المشاع دون هبة المشاع، والصرف والسلم وإن كان القبض شرطاً فيهما؛ لكنهما عقداً ضمان، فناسباً^(٢) إلزام ضمان القسمة، بخلاف الهبة؛ فإنها عقد تبرع، فلم يكن إلزام حق مطالبة القسمة مناسباً لها، فحصل الفرق، والقرض عقد تبرع في ابتداء، وعقد ضمان في الانتهاء؛ لأنه يلزم المستقرض رده.

(١) في «ج»، و«ن»: «حق القبض».

(٢) وقع بالأصل: «فناسب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَالْمُهَايَاةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ - وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ - وَالْهَبَةُ لَا قَتِ الْعَيْنَ ،
وَالْوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا الْقَبْضُ ، وَكَذَا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ ،

غاية البيان

فبالنظر إلى التبرع: يُشترط القبض كما في الهبة.

وبالنظر إلى الضمان: لا يُشترط ، كما في البيع ، فاكْتَفِيَ فيه بالقبضِ القاصرِ
عملاً بالشبهتين ، والوصية ليس من شرطها القبض ، بل تَتِمُّ بالقَبُولِ بعدَ الموتِ قبلَ
القبضِ ، وقد مرَّ البيانُ عندَ بيانِ قوله: (وَتَصَحُّ بِالْإِجَابِ ، وَالْقَبُولِ ، وَالْقَبْضِ).

قوله: (وَالْمُهَايَاةُ [٢٦٦/١] تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ - وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ - وَالْهَبَةُ
لَا قَتِ الْعَيْنَ) ، هذا جوابُ سؤالٍ يَرِدُ على قوله ، (وَلَا نَ فِي تَجْوِيزِهِ إلْزَامُهُ شَيْئًا لَمْ
يَلْزَمُهُ ، وَهُوَ الْقِسْمَةُ).

بيانه: أن الهبة في الشائع فيما يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لو جازتْ يَلْزَمُ إلْزَامَ الْقِسْمَةِ
على الواهب ، والإلزامُ يُنافي التبرع ، فورد جوازُ الهبة فيما لا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، وفيه
إلزامُ الْمُهَايَاةِ ، فكيف جاز إلزامُ الْمُهَايَاةِ ولم يَجْزُ إلْزَامُ الْقِسْمَةِ ؟

فأجاب عنه بهذا ، وقال: الإلزامُ في الْمُهَايَاةِ ليس نفسَ ما تبرع به ، بل في
غيره ؛ لأن تبرعه لا قى العين ، والمُهَايَاةُ لَا قَتِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَمْ يَلْزَمِ الْمَنَافَاةُ .

والجوابُ الصحيحُ أن يُقالَ: هَبَةُ الْمَشَاعِ فيما لا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَمَّا لَمْ يَلْزَمِ
منها ضَمَانُ الْقِسْمَةِ على الواهب ؛ صَحَّتْ .

وقولهم: يُؤدِّي ذلك إلى إلزامِ التَّهَائِيِ .


فنقول: لَا نُسَلِّمُ ؛ لأن التَّهَائِيِ ليس بواجبٍ ؛ لأن فيه إعارَةً كُلِّ واحدٍ منهما
نصيبه من صاحبه ، والإِعارَةُ لَا تَكُونُ واجبةً .


قوله: (وَكَذَا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ ،

وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ، وَالصَّرْفُ، وَالسَّلَامُ فَالْقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عَقُودُ ضَمَانٍ فَتَنَاسَبَ لَزُومَ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ، وَالْقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهِ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهِ، فَشَرَطْنَا الْقَبْضَ الْقَاصِرَ فِيهِ دُونَ الْقِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ، عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ. وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وَالْبَيْعُ ^(١) الْفَاسِدُ، وَالصَّرْفُ، وَالسَّلَامُ، أَي: هَذِهِ الْأَشْيَاءُ كَالْوَصِيَّةِ فِي أَنَّ الشُّيُوعَ لَا يَمْنَعُهَا؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، كَمَا أَنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرَطٍ لِلْوَصِيَّةِ، فَحَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ هَبَةِ الْمَشَاعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَبَيْنَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

وَلَكِنْ لَنَا نَظَرٌ فِي أَنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَامِ؛ لِقَوْلِهِ : «الذَّهَبُ بِالتَّوْرِقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» ^(٢)، رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ فِي «الصَّحِيحِ».

وَلَمَّا رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ بْنُ الْقَاسِمِ بْنِ سَلَامٍ: فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ» ^(٣). قَالَ: حَدَّثَنِيهِ زَيْدُ بْنُ الْحُبَابِ، عَنْ مُوسَى بْنِ عُبَيْدَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ  عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ».

[قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ] ^(٤): «قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ: هُوَ النَّسِيئَةُ بِالنَّسِيئَةِ» ^(٥).

وَالأَوَّلَى فِي الْجَوَابِ عَنِ الصَّرْفِ وَالسَّلَامِ مَا قُلْنَا أَوَّلًا.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ)،

(١) فِي «الْهِدَايَةِ»: «وَأَمَّا الْبَيْعُ». يَنْظُرُ: «الْهِدَايَةُ» لِلْمَرْغِينَانِي [٢٢٣/٣].

(٢) هَذَا جُزْءٌ مِنْ حَدِيثٍ مَضَى تَخْرِيجُهُ.

(٣) مَضَى تَخْرِيجُهُ.

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «وَج»، «وَلَع»، «وَلَس».

(٥) يَنْظُرُ: «غَرِيبُ الْحَدِيثِ» لِأَبِي عُبَيْدٍ [١٤٠/١] طَبْعَةُ الْهَيْئَةِ الْعَامَّةِ لَشُؤْنِ الْمَطَابِعِ الْأَمِيرِيَّةِ.

قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا ؛ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ

غاية البيان

جواب سؤال من جهة الخصم ، بأن يُقال: عدم جواز الهبة من المشاع لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن يكون دائراً على نفس الشيوع ، أو على لزوم المطالبة بالقسمة .

إن قلتم بالأول: يبطل بالمشاع [٢/٤٦٥] الذي لا [٦/٢٦٥ م] ينقسم .

وإن قلتم بالثاني: يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه لا يجوز عندكم ، مع أنه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

فأجاب عنه وقال: الحكم^(١) مُعَلَّقٌ بِالشُّيُوعِ فِي مَحَلٍّ يُتَصَوَّرُ الْمَطَالِبَةُ بِالْقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا جَعَلَهُ مَانِعًا لِأَجْلِ الْمَطَالِبَةِ بِالْقِسْمَةِ ، فَأَقَمْنَا الشُّيُوعَ مَقَامَ الْمَطَالِبَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَلَكِنْ فِي مَوْضِعٍ يُتَصَوَّرُ الْقِسْمَةُ ، وَفِي الَّذِي لَا يَنْقَسِمُ لَا يُتَصَوَّرُ ، وَفِي هَبَةِ نَصِيبِهِ مِنْ شَرِيكِهِ يُتَصَوَّرُ ، فَأَقِيمَ مَقَامَهُ .

بَقِيَ الْكَلَامُ هُنَا مَعَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: وَجْهُ قَوْلِهِ: إِنَّ نَفْسَ الشُّيُوعِ لَيْسَتْ بِمَانِعَةٍ مِنْ صَحَّةِ الْهَبَةِ ؛ بِدَلِيلِ جَوَازِهَا مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، وَإِنَّمَا الْمَانِعُ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ ، وَهَذَا الْمَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا وَهَبَ لِلْأَجْنَبِيِّ دُونَ الشَّرِيكِ .

وَلَنَا: أَنَّ الشُّيُوعَ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ مَنَعَ جَوَازَ الْهَبَةِ لَوْجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْوَاهِبِ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ بِسَبَبِ الْهَبَةِ .

وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَبْضَ نَاقِضٌ لِمَا قُلْنَا ، وَنَقْصَانُ السَّبَبِ لَهُ أَثَرٌ فِي مَنَعِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ ، وَهَذَا إِنْ لَمْ يُوجَدْ أَحَدُ الْمَانِعَيْنِ ؛ وَجَدَ الْمَانِعَ الْآخَرَ ، فَلَمْ تَصَحَّ الْهَبَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُولًا بِعَلَلٍ شَتَّى .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا ؛ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ

(١) وقع بالأصل: «الحاكم» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

جَازَ ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُبُوحَ .

قَالَ: وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ ؛ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ ؛ لَمْ يَجْزُ وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مَعْدُومٌ ، وَلِهَذَا

غاية البيان

في «مختصره» . وتماؤه فيه: «فإن قسمه وسلمه جاز»^(١) .

وأراد به الهبة: فيما يُقَسَّمُ ؛ لأن هبة المشاع فيما لا يُقَسَّمُ صحيحة .

ولهذا قال الكرخي في «مختصره»: «وإن وهب له شيئاً مشاعاً ، ثم قسم ما وهب وأقرزه ، ثم سلمه إلى الموهوب له جاز ، وكذلك إذا وهب داراً فيها طعاماً للواهب ، أو ثمرة معلقة في نخل ، أو زرعاً في أرض ، فأخرج الطعام من الدار ، وجذ الثمر من النخل ، وحصد الزرع ، ثم سلم ذلك محوزاً مُفْرَزاً جاز ذلك ، يُنْظَرُ في ذلك إلى حالة القبض دون حالة العقد»^(٢) . إلى هنا لفظ الكرخي .

وذلك أن هبة المشاع إنما فسدت - أو لم تتم على ما هو الصحيح - لمعنى الإشاعة ، فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم .

والدليل على ذلك: حديث أبي بكر رضي الله عنه : «أنه نحل عائشة جاذ عشرين وسقاً»^(٣) ، وبيّن أنها لو حازته وقبضته جاز ، فلولا أن العقد في المشاع وقع صحيحاً ؛ لم تملك بالحيّازة والقبض .

قوله: (وعنده لا شُبُوحَ) ، أي: وقت القبض لم يبق الشُبُوحُ .

قوله: (قال: ولو وهب دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ ؛ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ ؛ لَمْ يَجْزُ) ، أي: قال [٢٦٧/٦ م] القدوري في «مختصره»^(٤) .

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤] .

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرمانى [ق/٢٠٥] .

(٣) مضى تخريجه .

(٤) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤] .

لَوْ اسْتَخْرَجَهُ الْغَاصِبُ يَمْلِكُهُ، وَالْمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ فَوَقَعَ الْعَقْدُ
بَاطِلًا، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِكِ.
وَهَبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ،

﴿ غاية البيان ﴾

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «ولو وهب رجل لرجل ما
في بطن جاريته، أو ما في بطون غنمه، أو ما ضروعها، أو وهب له سمناً من لبن
قبل أن يُسَلَى^(١)، وزُبْداً منه قبل أن يُمَخَصَّصَ، أو دهنًا من سَمْسِمٍ قبل أن يُعَصَرَ، أو
زيتًا من زيتون، أو دقيقًا من حنطة، وسلطه على قبضه عند الولادة، أو عند
استخراج ذلك؛ فإن ذلك لا يجوز».

ولا يُشْبِهُ هذا الدَّيْنُ يَهَبُهُ لَهُ، وَيُسَلِّطُهُ عَلَى قَبْضِهِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي فِي ذِمَّةِ
الْغَرِيمِ يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُ وَهَبُهُ لَهُ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ هَذَا فِيهِ^(٢). إِلَى هُنَا
لَفْظُ الْكَرْخِيِّ.

وذلك لأنَّ بعضَ هذه الأشياءِ مَعْدُومٌ عِنْدَ الْعَقْدِ، أَوْ مَعْجُوزٌ التَّسْلِيمِ لِمَعْنَى
فِي الْمَحَلِّ أَوْ مَجْهُولٌ، حَتَّى لَا يَكُونَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ، وَإِذَا [٤٦٥/٢ ط] لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا
لِلْعَقْدِ؛ كَانَتِ الْهَبَةُ فَاسِدَةً لَا مَوْقُوفَةً، بِخِلَافِ هَبَةِ الْمَشَاعِ وَالْمَوْهُوبِ الْمُتَّصِلِ
بِغَيْرِهِ، حَيْثُ تَجُوزُ الْهَبَةُ إِذَا سُلِّمَ بَعْدَ الْإِفْرَازِ وَالْفَصْلِ؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ مَحَلٌّ قَابِلٌ
لِحُكْمِهِ، لَكِنِ الْمَانِعَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، لَا لِمَعْنَى فِي نَفْسِ
الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ انْقَلَبَ جَائِزًا. إِلَى هَذَا أَشَارَ فِي «التَّحْفَةِ»^(٣).

قوله: (وَهَبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ،

(١) سَلَا السَّمْنُ يَسْلُوهُ سَلًا، إِذَا عَمِلَهُ، مِنْ بَابِ فَعَلَ يَفْعَلُ، بَفَتْحِ الْعَيْنِ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ جَمِيعًا.

كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م»، وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «الْإِيضَاح» لِلْكَرْمَانِيِّ [٢٠٦/ق].

(٣) يَنْظُرُ: «تَحْفَةُ الْفُقَهَاء» لِعَلَاءِ الدِّينِ السَّمَرْقَنْدِيِّ [١٦٤/٣].

وَالْتَمَرِ فِي النَّخِيلِ ؛ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ لِلاتِّصَالِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْقَبْضَ كَالشَّائِعِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وَالْتَمَرِ فِي النَّخِيلِ ؛ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ ، يَعْنِي : إِذَا سَلَّطَهُ عَلَى الْقَبْضِ ، فَحَلَبَ اللَّبَنَ ، وَجَزَّ الصُّوفَ ، وَحَصَدَ الزَّرْعَ ، وَجَدَّ التَّمَرَ جَازَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا فِي هِبَةِ الْمُشَاعِ : فَإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ ، وَهَذَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» الْمُسَمَّى بِـ«الْكَافِي» - فِي بَابِ الْهِبَةِ فِيمَا يَجُوزُ وَفِيمَا لَا يَجُوزُ - : «رَجُلٌ وَهَبَ لِرَجُلٍ مَا عَلَى ظَهْرِ غَنَمِهِ مِنَ الصُّوفِ ، أَوْ مَا فِي ضَرْعِهَا مِنَ اللَّبَنِ ؛ لَمْ يَجْزْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ بِجَزِّ الصُّوفِ ، فَيَجُوزُ حِينَئِذٍ ، وَيَصِيرُ هِبَةً بَعْدَ الْجَزِّ»^(١) .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» : «وهذا استحسانٌ .

وَالْقِيَاسُ : أَلَّا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ فَاسِدًا ، فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا . ثُمَّ قَالَ : وَكَذَلِكَ تَمَرُ الشَّجَرِ وَالزَّرْعُ» .

ثُمَّ قَالَ الْحَاكِمُ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ مِنْ «الْكَافِي» : «رَجُلٌ وَهَبَ مَا فِي بَطْنِ جَارِيَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَسَلَّطَهُ عَلَى قَبْضِهِ إِذَا وَضَعَتْ ، فَوَضَعَتْ ثُمَّ قَبَضَهَا الْمُؤْهُوبُ لَهُ ؛ لَمْ يَجْزْ ، وَكَذَلِكَ دُهْنُ السَّمْسِمِ قَبْلَ أَنْ يُعَصَرَ ، وَالزَيْتُ [٢٦٧/٦ م/ظ] فِي الزَيْتُونِ ، وَدَقِيقُ الْحِنْطَةِ ، وَكَذَلِكَ اللَّبَنُ فِي ضَرْعِ الشَّاةِ ، وَالصُّوفُ عَلَى ظَهْرِهَا»^(٢) . فَسَوَّى بَيْنَ هِبَةِ الْوَلَدِ وَالصُّوفِ فِي عَدَمِ الْجَوَازِ .

وَقَالَ قَبْلَ هَذَا : «إِذَا سَلَّطَهُ عَلَى الْجَزِّ جَازَ اسْتِحْسَانًا ، فَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ :

(١) ينظر : «الکافی» للحاکم الشہید [ق/١٧٣] .

(٢) ينظر : «الکافی» للحاکم الشہید [ق/١٧٤] .

غاية البيان

ليس في المسألة اختلاف الروائين، ولكن ذكر في آخر الباب: جواب القياس وسكت عن جواب الاستحسان، وذكر في أول الباب جواب القياس والاستحسان جميعاً^(١).

ومنهم من قال: فيه روايتان، في رواية يجوز استحساناً، وفي رواية لا يجوز قياساً واستحساناً؛ لأنه عطف على مسألة^(٢) الدهن في السمس، وذلك فاسد قياساً واستحساناً، فكذلك هذا.

وجه ما ذكر في أول الباب من الجواز: أن الصوف واللبن وإن كان صفة من أوصاف الشاة وقت العقد، إلا أنه يصير أصلاً حالة القبض، وأنه مال قائم وقت العقد، والمانع من جواز الهبة كون المضاف إليه وصفاً، فإذا صار أصلاً بالانفصال وقت القبض؛ زال المانع من الجواز وقت القبض، فصحت الهبة.

كما لو وهب مشاعاً يحتمل القسمة، ثم أفرز وسلم مفرزاً جاز، بخلاف الولد؛ لأنه وقع الشك في ثبوت المحلّة في الولد، فلم تصح الهبة لعدم المحلّة، لا لمانع وقت العقد مع قيام المحلّة.

فأما ههنا: الصوف^(٣) مال قائم من حيث الحقيقة، إلا أنه وصف حالة إضافة الهبة، ويصير أصلاً حالة القبض مع بقاء المائيّة فيه، والعبرة بحال القبض بخلاف البيع؛ لأن البيع يوجب الملك بنفسه، وحال ما يوجب الملك بنفسه هو وصف، والوصف مما لا يقبل التملك مقصوداً، فلهذا لم يجز، وفي باب الهبة يقع الملك بالقبض، وحالة القبض أصل ليس بوصف.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].

(٢) وقع بالأصل: «في مسألة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «الصفوف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

غاية البيان

ووجه ما ذكر في آخر الباب أنه لا يجوز قياساً واستحساناً: أن الصوف واللبن إن كان يصير أصلاً ، إلا أنه كان وصفاً حالة الهبة ، والوصف [٤٦٦/٢] ليس بمحل لإضافة التملك إليه مقصوداً ، ولهذا لم يجر إضافة البيع إليه ، وإذا لم يصلح محلاً للهبة ؛ لغت الهبة أصلاً ، كما تلغو لو أضيفت إلى الولد في البطن .

بخلاف الشائع ؛ لأن الشائع محل لإضافة التملك إليه للحال مقصوداً ، ألا ترى أنه لو باع جاز ، فكذا يصح محلاً لإضافة الهبة إليه ، إلا أنه شرط الإفراز ليزول النقصان عن القبض [٢٦٨/٦] بعدما كان مضافاً إلى محله .

ووجه القياس لمن يقول: إن في المسألة رواية واحدة يجوز استحساناً ، ولا يجوز قياساً ، والذي ذكر في آخر الباب جواب القياس: أنه أضاف الهبة إلى غير محله فلا يجوز ، كما لو أضاف إلى الولد ، وذلك لأنه أضاف إلى الوصف ؛ لأن الصوف واللبن ما دام متصلاً بالشاة بمنزلة وصف من أوصاف الشاة ، والوصف ليس بمحل لإضافة التملك إليه مقصوداً ، كما لو أضاف إلى يدها ورجلها .

ووجه الاستحسان: أن هذه هبة صدرت من أهله مضافاً إلى محلها ؛ لأن محلها مال قائم مملوك للواهب ، والصوف واللبن مال قائم مملوك للواهب وقت العقد والقبض جميعاً ، وقد وجد إضافة الهبة إليه ، فصحت الهبة ، إلا أنه متصل بغيره ، فكان بمعنى الشائع ، فإذا أمره بالقبض ، وقد زال الاتصال بما ليس بموهوب وقت القبض ؛ صحت كما في الشائع ، بخلاف الولد ؛ لأنه وقع الشك في وجوده^(١) ، ووقع الشك في وجود المال في بعد الوجود^(١) ، وفي الأصل لم يكن محلاً ؛ لأنه كان ماء مهيناً ، فلا يصير محلاً بالشك ، وبخلاف اليد والرجل ؛

(١) لأنه يحتمل أن يكون ريحاً .

غاية البيان

لأنه إن كان مالا قائما حالة الاتصال ؛ لا يَبْقَى مالا بعد الانفصال ، وقيام المَالِيَّةِ يُعْتَبَرُ وَقْتُ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ جَمِيعًا .

فإن قيل : إن استقام هذا في الصُّوفِ ، لا يَسْتَقِيمُ في اللَّبَنِ ؛ لأن وجوده على خَطَرٍ قد يَكُونُ للانتفاخ بسببِ الرِّيحِ ، أو بسببِ الدَّمِ ، أو بسببِ اللَّبَنِ ، فقد وَقَعَ الشُّكُّ في وجودِ اللَّبَنِ وفي وجودِ المَالِيَّةِ ، ومع هذا جازتِ المَالِيَّةُ استحسانًا متى أَمَرَهُ بِالْقَبْضِ .

فالجوابُ عنه : أن الانتفاخَ للرِّيحِ مُحْتَمَلٌ ، ولِللَّبَنِ مُحْتَمَلٌ ، فاستوى الوجودُ معَ العدمِ ، ثم تَرَجَّحَ جانبُ الوجودِ ؛ لأن إمكانَ التَّعَرُّفِ في الحالِ في وَسْعِهَا ، بخلافِ الولدِ ، فإن الوجودَ والعدمَ استويا في الولدِ ، ولم يترجَّحْ جانبُ الوجودِ ؛ لأن التَّعَرُّفَ غيرُ مُمَكِّنٍ ، وإذا لم يترجَّحْ الوجودُ لم تَثْبُتِ المحلِّيَّةُ ، ولم يَكُنْ ثابتًا مِنَ الْأَصْلِ بالشُّكِّ .

وكذلك إذا وهَبَ الزَّرْعَ في الْأَرْضِ ، وثمرَ النخْلِ والشَّجَرِ ، فإنه يَجُوزُ إذا أَمَرَهُ بِالْقَبْضِ ؛ لأنه لو باع هذه الأشياءَ جاز ، فكذا الهِبَةُ . كذا ذكر شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروف [٢٦٨/١م/ظ] بخَوَاهِرَ زَادَهُ .

وذكر شيخُ الإسلامِ [خَوَاهِرَ زَادَهُ] ^(١) أيضًا في «مبسوطه» - في بابِ الهِبَةِ فيما لا يَجُوزُ - قال : «إذا وهَبَ الحِمْلَ على الدَّابَّةِ ، وسلَّمَ معَ الدَّابَّةِ كذلك ؛ فإنه يَجُوزُ ، ولو وهَبَ الدَّابَّةَ وعليها حِمْلٌ وسلَّمَ كذلك ؛ فإنه لا يَجُوزُ» .

وقال : إذا وهَبَ الماءَ في قُمْقُمَةٍ ، وسلَّمَ معَ القُمْقُمَةِ ، فإنه يَجُوزُ ، وإذا وهَبَ القُمْقُمَةَ وفيها ماءٌ ؛ لَمْ يَجُزْ ، والهِبَةُ مُتَّصِلَةٌ بِمِلْكِهِ في الفصولِ كُلِّهَا ، والفصلُ

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، و«س» .

.....

نهاية البيان

مُمْكِنٌ ، ثم أجاز الهبة في البعض ، ولم يُجَوِّزْ في البعض ؛ لأنَّ الاتِّصَالَ بَيْنَ الهَبَةِ وَمِلْكِهِ اتِّصَالٌ مُجَاوِرَةٌ ، لا اتِّصَالٌ خِلْقَةٌ ، ومتى كان الاتِّصَالُ اتِّصَالٌ مُجَاوِرَةٌ ، لا اتِّصَالٌ خِلْقَةٌ لا يَمْتَنِعُ الجَوَازُ بِسَبَبِ الاتِّصَالِ ، وإنما يَمْتَنِعُ إذا بَقِيَ له يَدُ الاستعمالِ على الهبة بعد التسليم ، إذا كان مشغولاً بحقه ، فإذا وهب الدَّابَّةَ وعليها لِحْجَامٌ وَسَلَّم [٤٦٦، ٢] جاز ؛ لأنه غيرُ مُسْتَعْمِلٍ للدَّابَّةِ بِسَبَبِ اللِّجَامِ ؛ لأن استعمال الدَّابَّةِ يَتَحَقَّقُ بِدُونِ اللِّجَامِ .

ولو وهب اللِّجَامَ على الدَّابَّةِ لَمْ يَجُزْ ؛ لأن اللِّجَامَ ما دام على الدَّابَّةِ ، فهو مُسْتَعْمِلٌ لِلِّجَامِ ؛ لأن استعمال اللِّجَامِ إنما يَكُونُ للدَّابَّةِ ، فما دام على دَابَّتِهِ ؛ فهو مُسْتَعْمِلٌ لِلْهَبَةِ .

وكذلك إذا وهب الحِمْلَ على الدَّابَّةِ ، وَسَلَّمَ مع الدَّابَّةِ يَجُوزُ ؛ لأنه لا يَكُونُ مُسْتَعْمِلًا لِلْحِمْلِ لكونه على دَابَّتِهِ ؛ لأنَّ الحِمْلَ إنما يُوَضَّعُ على الدَّابَّةِ لِتَصِيرِ الدَّابَّةِ مُسْتَعْمِلًا بِالْحِمْلِ لا الحِمْلِ ، وإذا وهب الدَّابَّةَ وعليها حِمْلٌ ؛ فإنه لا يَجُوزُ ، فإنه مُسْتَعْمِلٌ للدَّابَّةِ بِحِمْلِهِ ، وإذا وهب الماءَ في القُمَّقْمَةِ يَجُوزُ ؛ لأنه لا يَكُونُ مُسْتَعْمِلًا للماءِ بالقُمَّقْمَةِ ؛ لأنَّ الماءَ إنما يُجْعَلُ في القُمَّقْمَةِ لِتَصِيرِ القُمَّقْمَةِ مُسْتَعْمِلَةً بالماءِ ، لا الماءِ .

ولو وهب القُمَّقْمَةَ لَمْ يَجُزْ ؛ لأنه مُسْتَعْمِلٌ للقُمَّقْمَةِ بالماءِ ، لأنَّ الماءَ يُوَضَّعُ في القُمَّقْمَةِ لِتَصِيرِ القُمَّقْمَةِ مُسْتَعْمِلَةً به ، فعلى هذا قالوا: إذا وهب حِنْطَةً في جُوالِقٍ وَسَلَّمَ مع الجُوالِقِ فإنه يَجُوزُ ؛ لأنه غيرُ مُسْتَعْمِلٍ للحِنْطَةِ بالجُوالِقِ ؛ لأن وَضَعَ الحِنْطَةَ في الجُوالِقِ لا يَكُونُ استعمالاً للحِنْطَةِ .

ولو وهب الجُوالِقَ وفيها حِنْطَةٌ لَمْ يَجُزْ ؛ لأنه مُسْتَعْمِلٌ للجُوالِقِ بِحِنْطَةِ ؛ لأن

قال وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة، وإن لم يجدد فيها قبضاً؛ لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه منه؛ لأن القبض في البيع مضمون فلا يتوب عنه قبض الأمانة، أما قبض الهبة غير مضمون فيتوب عنه.

غاية البيان

الحنطة إنما توضع في الجوالق لتصير الجوالق مستعملاً به، فعلى هذا الأصل تدور جملة هذه المسائل.

قوله: ((قال^(١)): وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة، وإن^(٢)) لم^(٣) [٢٦٩/٦م] يجدد فيها قبضاً)، أي: قال القُدوري في «مختصره»^(٤).

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «وإذا وهب له ودیعة في يده، أو عارية أو ما هو أمانة في يده، وقبل ذلك؛ ملك الهبة وصح قبضه لهذا بكونها في يده بعد العقد عليها، وكذلك إن كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها؛ كان كذلك أيضاً.

وإن كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن؛ يكون مضموناً بالدين أو المبيع؛ يكون مضموناً بالثمن، فوهب المالك ذلك لمن هو في يده، فإنه لا يكون قابضاً بكون^(٥) ذلك في يده، إلا أن يقبضه قبضاً مستأنفاً بعد عقد الهبة»^(٥). إلى هنا لفظ الكرخي.

والأصل في ذلك: أن العين الموهوبة إذا كانت في يد الموهوب له أمانة،

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «لن»، و«لم»، و«لج»، و«لغ»، و«لس».

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «لن»، و«لم»، و«لج»، و«لغ»، و«لس».

(٣) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٢٤].

(٤) وقع بالأصل: «يكون». والمثبت من: «لن»، و«لم»، و«لج»، و«لغ»، و«لس».

(٥) ينظر: «الإيضاح» للكرمانی [ق/٢٠٦].

 هاية البيان

كالوديعة والعارية؛ ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحساناً.

والقياس: ألا يصير قابضاً حتى يُخلّي بين نفسه وبينها^(١).

وجه القياس: أن يد المودع يد المودع، فكأنه وهب له ما في يده، فلا بد فيه من قبض.

وجه الاستحسان: أن الهبة يقف صحتها على مجرد القبض، فلا يفتقر إلى قبض بصفة، ومجرد القبض موجود عقيب العقد، فصحت الهبة، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده؛ لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً، وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة، فلا بد من تجديد قبض آخر، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة.

وأما إذا كانت العين في يد المؤهب له مضمونة فهو على وجهين:

إن كانت مضمونة بمثلها، أو بقيمتها؛ كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم، فإنه يملكه بالعقد، ولا يحتاج إلى تجديد قبض؛ وذلك لأن القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة، وهو الضمان، وذلك الضمان تصح البراءة منه.

ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب؛ جاز وسقط، فصارت الهبة براءة من الضمان، فبقي قبض من غير ضمان، فتصح الهبة.

وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن، وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة، وهو أن يرجع إلى

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [١٦٥/٣]، «الفقه النافع» [١٠١٢/٣]، «بدائع الصنائع» [١٨١/٥]،

«تبيين الحقائق» [٩٥، ٩٤/٥].

هـاية البيان

الموصع [٤٦٧ ٢] الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، وذلك لأن العين وإن كانت في يده مضمونة، إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود [٢٦٩ ٦ ط م] القبض الموجب له، فلم تكن الهبة براءة.

وإذا كان كذلك؛ لم يوجد القبض المستحق بالهبة، فلم يكن بد من تجديد قبض آخر^(١). كذا في «شرح الأقطع».

وقال محمد في «الأصل»: «أرأيت رجلاً استودع أخاه عبداً، أو ثوباً، أو متاعاً، أو داراً أو دابةً، ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك، وهو في يد المودع، أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا قال: قبّلت»^(٢).

قال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه»: «قد شرط القبول هنا، وذكر فيما لو وهب عبداً لأخيه، ثم قبضه في المجلس، أو بعد المجلس، وكان أمره بالقبض نصاً أنه يصح، ولم يشترط في ذلك قبلاً، وإنما كان كذلك؛ لأن في تلك المسألة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة، وإذا لم يكن العبد في يد الموهوب له؛ كان الموهوب له محتاجاً إلى إحداث قبض حتى يملك [الهبة]^(٣)، فمتى أقدم على القبض؛ كان ذلك إقداماً على القبول، ورضاً منه بوقوع الملك له فملكه.

وإن لم يوجد القبول منه نصاً، أمّا هنا لا حاجة للمودع إلى القبض؛ لأن الهبة في يده، فمتى لم يشترط القبول نصاً بعد إيجاب الواهب يقع الملك له في الهبة بغير رضاه؛ لأنه لا حاجة إلى القبض، ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه؛ لما فيه من توهم الضرر».

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٩٠ - ٣٩١].

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣/٣٦٤ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً؛ مَلَكَهَا الْإِبْنُ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ
الْأَبِ فَيَنْتَوِبُ عَنْ قَبْضِ الْهِبَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ؛

﴿حَايَةُ الْبَيَانِ﴾

وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَهُ أَيْضًا فِي «مَبْسُوطِهِ» قَالَ: «وَأِنْ كَانَ
الْمَوْهُوبُ لَهُ سَاكِنًا فِي دَارٍ بِأَجَرٍ، أَوْ عَارِيَّةً، قَالَ: نَعَمْ هَذَا جَائِزٌ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْوَدِيعَةِ
يَنْتَوِبُ عَنْ قَبْضِ الْهِبَةِ، فَلَأَنَّ يَنْتَوِبَ قَبْضُ الْإِجَارَةِ - وَفِي قَبْضِ الْإِجَارَةِ زِيَادَةُ ضَمَانٍ
لَيْسَ فِي قَبْضِ الْوَدِيعَةِ - أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً؛ مَلَكَهَا الْإِبْنُ بِالْعَقْدِ)، هَذَا لَفْظُ
الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَبَ يَلِي التَّصَرُّفَ الْمَالِيَّ عَلَى وَلَدِهِ
الصَّغِيرِ مَا دَامَ صَغِيرًا، فَكَذَا يَلِي عَلَيْهِ فِي قَبْضِ هِبَتِهِ، فَإِذَا وَهَبَهُ بِنَفْسِهِ؛ نَابَ قَبْضُهُ
مَقَامَ قَبْضِ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا، فَإِنَّ قَبْضَ الْأَبِ لَا يَنْتَوِبُ عَنْ
قَبْضِهِ وَإِنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: إِنْ قَبْضَ الْأَبِ يَنْتَوِبُ عَنْ قَبْضِهِ إِذَا كَانَ فِي عِيَالِهِ. كَذَا
ذَكَرَ خَوَاهِرَ زَادَهُ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الشَّيْءُ الْمَوْهُوبُ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا
فَاسِدًا؛ حَيْثُ لَا [٢٧٠/٦م] تَجُوزُ الْهِبَةُ.

بَيَانُهُ: مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح
الكافي»: «رَجُلٌ رَهَنَ عَبْدَهُ مِنْ رَجُلٍ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ، ثُمَّ وَهَبَهُ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ؛ لَمْ
يَجْزُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لَتِمَامِ الْهِبَةِ، وَقَدْ قُدِّ حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا؛ لِأَنَّا جَعَلْنَا يَدَ الْأَبِ
فِيمَا يَهَبُهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ يَدِ الْإِبْنِ إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً، وَهَهُنَا الْيَدُ لِلْمُرْتَهِنِ لَا
لِلرَّاهِنِ، فَتَعَذَّرَ جَعْلُهَا لِلابْنِ، فَانْعَدَمَ الْقَبْضُ الَّذِي هُوَ مُتَمِّمٌ لِلْهِبَةِ، فَقُلْنَا بِالْفَسَادِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

لأنَّ يَدَهُ كَيْدُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْضُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثْلُ الْهَبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبْتُ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ [١٠٩/ط] فِي عِيَالِهَا وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ.

غاية البيان

وكذلك لو كان العبدُ المَوْهُوبُ غَضَبًا فِي يَدِ رَجُلٍ، أَوْ مَقْبُوضًا لِرَجُلٍ بِحُكْمِ شِرَاءٍ فَاسِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ الْيَدَ لِلْوَاهِبِ، فَتَنَعِدُ يَدُ الصَّغِيرِ تَقْدِيرًا.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَا إِذَا وَهَبْتُ لَهُ أُمُّهُ، وَهُوَ فِي عِيَالِهَا، وَالْأَبُ مَيِّتٌ، وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ.

يعني: تَمَّ الْهَبَةُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ لَهُمْ أَنْ يَقْبِضُوا الْهَبَةَ لِلصَّبِيِّ، فَكَانَ قَبْضُهُمْ كَقَبْضِهِ، بِخِلَافِ [٤٦٧/٢ ظ] مَا إِذَا كَانَ الْأَبُ أَوْ وَصِيُّهُ حَيًّا؛ حَيْثُ يَشْتَرِطُ قَبْضُهُ؛ لِأَنَّهُ وَلَايَةُ الْقَبْضِ لَهُ.

وقال الشيخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَزْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا وَهَبَ الْأَجْنَبِيُّ لِلصَّغِيرِ، فَقَبْضُهَا لَهُ أَبَوْهُ أَوْ وَصِيُّ أَبِيهِ بَعْدَهُ أَوْ جَدُّهُ أَبُو أَبِيهِ بَعْدَ أَبِيهِ، أَوْ وَصِيُّهُ؛ جَازَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ مَنْ غَابَ مِنْهُمْ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً؛ جَازَ قَبْضُ الَّذِي يَتْلُوهُ فِي الْوَلَايَةِ، وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ غَيْرِ هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ مَعَ وَجُودِ أَحَدٍ مِنْهُمْ، كَانَ الصَّبِيُّ فِي عِيَالِ الْقَابِضِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ، سِوَاءً كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الصَّبِيِّ، أَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا.

فَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنَ هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ: قَبْضُ لِلصَّبِيِّ مَنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي حِجْرِهِ وَعِيَالِهِ، وَلَمْ يَجْزُ قَبْضُ مَنْ لَمْ يَكُنِ الصَّبِيُّ فِي عِيَالِهِ مِنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَلَا غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ يَنْقَلِبُ، وَلَمْ يَبْلُغْ بَعْدَ، فَقَبْضُ مَا وَهَبَ لَهُ، وَاحِدُ الْأَرْبَعَةِ^(١) حَيًّا؛ جَازَ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ: أَلَّا يَجُوزَ.

وكذلك الصَّبِيَّةُ إِذَا عَقَلَتْ، وَكَانَ لَهَا زَوْجٌ قَدْ دَخَلَ بِهَا فَقَبِضَتْ، أَوْ قَبْضَ لَهَا

(١) الْأَرْبَعَةُ: الْأَبُ وَالْجَدُّ، وَوَصِيُّ الْأَبِ وَوَصِيُّ الْجَدِّ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، «م»، «و»، «س».

زَوْجُهَا، جاز ذلك.

وكذلك إن قَبَضَ الأبُّ في هذه الحالِ جاز على الصبيِّ والصبيَّةِ قَبْضُهُ ، فإن قَبَضَ للصبيِّ غيرَ مَنْ هو في عياله مِنْ ذي الرَّحِمِ ؛ لَمْ يَجْزُ ، وإن كان أقربَ إلى الصبيِّ»^(١) . إلى هنا لَفْظُ الكَرَّخِيِّ في «مختصره» .

وقال الإمام الأسيجاني في «شرح الطحاوي»: «ثم الموهوب له إذا كان من أهل القبض؛ فحق القبض إليه، وإن [٢٧٠/٦م] كان الموهوب [له] ^(٢) صغيراً أو مجنوناً؛ فحق القبض إلى وليه، ووليّه أبوه، أو وصيّ أبيه، ثم جدّه، ثم وصيّ جدّه، ثم وصيّ وصيّّه، ثم القاضي ومن نصّبَه القاضي، سواء كان الصغير في عيال هؤلاء، أو لم يكن.

وَأَمَّا الْأُمُّ وَالْأَخُ وَالْعَمُّ وَغَيْرُهُمْ مِنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الصَّغِيرُ فِي عِيَالٍ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قَبْضُ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ؛ جَازَ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا . وَالْقِيَاسُ : أَلَّا يَجُوزَ .

وكذلك إن كانت الصغيرة زُفَّتْ إلى بيت زوجها، فوهبت لها هبةً، فقبضها زوجها، يَجُوزُ استحسانًا.

ولو قَبَضَ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ - وهو يَعْقِلُ - جاز ذلك استِحْسَانًا، ولو وهَبَ للصَّغِيرِ أبوه؛ فالأَبُ هو الذي يَقْبِضُ بِنَفْسِهِ.

وكذلك كلُّ مَنْ كان له حَقُّ القبضِ مِنَ الأولياءِ، وقبْضُهُ لذلك إعلَامُهُ والإشهادُ عليه، فالإشهادُ للاستيثاق، ولو لم يَشْهَدْ جاز فيما بينه وبينَ اللَّهِ تَعَالَى» (٣). إلى هنا

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٩٤].

لفظ «شرح الطحاوي».

وقال شيخ الإسلام خواجه زادته في «مبسوطه»: «الأصل في هذا الباب: أن قبض الأب يجوز على ولده الصغير، سواء كان في عياله أو لم يكن؛ لأنه يلي عليه في نفسه وماله ما دام صغيراً، سواء كان في عياله، أو لم يكن، فكذا يلي عليه في قبض الهبة».

وكذلك الجد إذا كان الأب ميتاً؛ لأنه يلي عليه في نفسه وماله بعد موت الأب ما دام صغيراً، سواء كان الصغير في عياله، أو لم يكن، فكذا يلي عليه في قبض الهبة في الحالتين.

فأمّا الأخ والعم والجد - إذا كان الأب حياً - والأم إذا قبضوا الهبة للصغير: إن كان الصغير في عيالهم؛ جاز قبضهم عن الصغير استحساناً؛ لأن للأجنبي ذلك، إذا كان الصغير في عياله حال عدم الأقارب، أو حال غيبتهم غيبة منقطعة استحساناً، فللأقارب أولى.

وإن لم يكن الصغير في عيال هؤلاء؛ لا يجوز قبضهم؛ لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، ومن لا يكون له ولاية التصرف في المال على الصغير؛ لا يكون له قبض الهبة كالأجنبي، هذا إذا كان الصغير في عيالهم والأب غائب.

فأمّا إذا كان [٤٦٨/٢] الأب حاضراً والصبي في عيالهم: هل يصح قبضهم الهبة عن الصغير أم لا؟

قال شيخ الإسلام خواجه زادته: «لم يذكر محمد هذا الفصل نصاً في الكتاب - يعني: «المبسوط» - ولم يقل يصح أو لا يصح، إلا أنه ذكر في الأجنبي إذا كان يعول اليتيم، وليس لهذا اليتيم أحد - يعني: من الأقارب - إلا الرجل الذي يعوله؛

•••••
 ٥٥٥ هاية البيان ٥٥٥
 •••••

والجدُّ والأخ، وقالوا: يَجُوزُ قبْضُ هؤلاء عن الصغيرِ إذا كان في عيالهم وإن كان الأبُّ حاضراً كما في الزوج، وما ذَكَرَ مِنْ غَيْبَةِ الأبِّ، وعدمِ قريبٍ آخرَ في الأجنبيِّ؛ خَرَجَ اتِّفَاقاً بِنَاءً عَلَى الغالبِ، فإنَّ الغالبَ أَنَّ الصغيرَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي عِيَالِ هؤلاء حالَ فَقْدِ الأبِّ، أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً، والشرطُ إذا خَرَجَ اتِّفَاقاً لَا يَكُونُ لَهُ عِبرَةٌ.

وذهبوا إلى أن حَقَّ القَبْضِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلزَّوْجِ إِذَا كَانَ الأبُّ حَاضِراً؛ لَكُونِ الصَّغِيرَةِ فِي عِيَالِهِ، لَا لَوَلَايَةٍ تَثْبُتُ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا فِي مَالِهَا بِسَبَبِ النِّكَاحِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي هَؤُلَاءِ حَالِ حَضْرَةِ الأبِّ، فَيَكُونُ لَهُمْ مَا لِلزَّوْجِ.

ومِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ وَقَالَ: بَأَنَّ قَبْضَ الزَّوْجِ يَجُوزُ عَلَى امْرَأَتِهِ الصَّغِيرَةِ إِذَا كَانَتْ فِي عِيَالِهِ فِي حَالِ حَضْرَةِ الأبِّ وَحَالِ غَيْبَتِهِ، وَفِي الْأَجْنَبِيِّ يَجُوزُ قَبْضُهُ لِلصَّغِيرِ حَالِ عَدَمِ قَرِيبٍ آخَرَ لِلصَّغِيرِ، وَفِيمَا ذَكَرَ مِنَ الْأَقَارِبِ حَقُّ الْقَبْضِ حَالَةَ غَيْبَةِ الأبِّ إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِمْ، وَلَا يَكُونُ لَهُمْ الْقَبْضُ عَنِ الصَّغِيرِ حَالِ حَضْرَةِ الأبِّ.

وذهبوا فِي ذَلِكَ إِلَى أَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ وَلَايَةِ الْقَبْضِ لِغَيْرِ الأبِّ كَوْنُ الصَّغِيرِ فِي عِيَالِهِ، وَقَدْ تَحَقَّقَ هَذَا السَّبَبُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فِي حَقِّ [٢٧١/٦م] الزَّوْجِ حَالِ حَضْرَةِ الأبِّ، كَمَا تَحَقَّقَ حَالُ غَيْبَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلأَبِّ انْتِزَاعُ الصَّغِيرَةِ مِنَ الزَّوْجِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ انْتِزَاعُ الصَّغِيرَةِ مِنَ الأبِّ حَالِ حَضْرَتِهِ؛ صَارَ حَضْرَتُهُ كَغَيْبَتِهِ، وَكَانَ سَبَبُ وَلَايَةِ الْقَبْضِ عَنِ الصَّغِيرَةِ مُسْتَحَقّاً لِلزَّوْجِ، فَأَمَّا فِي غَيْرِ الزَّوْجِ مَا دَامَ الأبُّ حَاضِراً؛ فَلَهُ أَنْ يَنْتَزِعَ الصَّغِيرَ مِنَ الْأَخِ وَالْجَدِّ وَالْعَمِّ، وَلِقَرِيبٍ آخَرَ أَنْ يَنْتَزِعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ.

وَإِذَا كَانَ لِلغَيْرِ حَقُّ الْانْتِزَاعِ لَمْ يَسْتَقِرَّ لَهُؤُلَاءِ سَبَبٌ وَلَايَةِ الْقَبْضِ عَنِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ وَلَايَةِ الْقَبْضِ كَوْنُ الصَّغِيرِ فِي عِيَالِهِمْ، وَهَذَا غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ حَالِ حَضْرَةِ

هاية البيان

الأب، وغير المستقر ثابت من وجهه [٤٦٨/٢] غير ثابت من وجهه، وولاية القبض لهؤلاء لم تكن ثابتاً، فلا يثبت بسبب هو ثابت من وجهه غير ثابت من وجهه.

فإن قيل: ما ذكرتم من الفرق يُشكل بالأم، فإنه شرط في الأم لصحة قبض الأم عن الصغير ألا يكون للصغير أب ولا جد، ومتى كان الأب حاضراً لا يملك الانتزاع منها، فكان يجب أن يكون الجواب في الأم كالجواب في الزوج.

فالجواب عنه: أن سبب ثبوت الولاية لها إن كمل من حيث إن الصغير في عياله، وليس لأحد حق انتزاع هذا الصغير منها، إلا أنه تمكن في جانبها نقصان آخر في الولاية، وهو نقصان العقل، ولا بُدَّ لثبوت ولاية القبض لإنسان بعدما كان الصغير في عياله من العقل، فإن الصغير إذا كان في عيال^(١) مجنون؛ لا يكون لمجنون أن يقبض الهبة عن الصغير، وقد تمكن في عقلها نقصان، فنزل تمكن النقصان في العقل بمنزلة نقصان تمكن في كون الصغير في عياله، بأن كان للغير حق الانتزاع منه، فلو تمكن في هذا نقصان؛ لم يجز القبض عن الصغير حال حصر الأب، فكذلك في الأم.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده أيضاً: «ثم في قبض الأجنبي إذا كان الصغير في عياله، وليس له أحد من الأقارب، وقبض الأخ إذا كان الصغير في عياله، والأب غائب غيبة منقطعة، وقبض الصغير بنفسه، وهو ممن يعقل قياس واستحسان: القياس: ألا يصح، وفي الاستحسان: يصح.

وجه القياس: أن القبض تصرف مالي يتردد بين النفع والضرر؛ لأنه ربما تكون الهبة بحال لا تساوى بنفقتها، فتكون الهبة في هذه الحالة ضرراً لا نفعاً، وكل

(١) وقع بالأصل: «عياله». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

نهاية البيان

تَصَرَّفَ مَالِيٌّ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ النِّفَعِ وَالضَّرَرِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ عَلَى الصَّغِيرِ فِي [٢٧٢/٦ م] مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُؤُلَاءِ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ ، وَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِمْ ، فَيَجِبُ إِلَّا يَكُونَ لَهُمْ وَلَايَةُ الْقَبْضِ عَلَى الصَّغِيرِ .

وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ : مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِمْ ؛ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُمْ عَنِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، فَكَذَا إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِمْ ، وَالصَّبِيُّ الْمَحْجُورُ وَإِنْ عَقِلَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ تَصَرُّفُ مَالِيٍّ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنِّفَعِ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ؛ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَكَذَا يَجِبُ إِلَّا يَصِحَّ قَبْضُ الْهَبَةِ مِنْهُ .

وَوَجْهُُ الْإِسْتِحْسَانِ : أَنَّ الْمَنْفَعَةَ أَصْلٌ فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَهَذَا فِي نَفْسِهِ مَنْفَعَةٌ ، وَالضَّرَرُ مُوَهُومٌ مُشْكُوكٌ فِيهِ ، وَلَوْ كَانَ الضَّرَرُ مَنْفَعَةً بَقِيَتْ عَنْ تَصَرُّفِ هَؤُلَاءِ صَحٌّ ، كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ صَحٌّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ وَمِنْ (١) غَيْرِ الْأَبِ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ (٢) الضَّرَرُ ثَابِتًا بَيِّنًا ، وَزَوَالُهُ مُشْكُوكٌ فِيهِ بِدُخُولِ مَا يُمَاطِلُهُ فِي مِلْكِهِ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ ؛ كَانَ لَا يَتَّبِطُّ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ عَلَى الصَّغِيرِ فِي مَالِهِ ، سِوَاءُ كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ .

فَإِذَا كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ أَصْلًا وَالضَّرَرُ مُوَهُومًا ؛ أَثْبَتْنَا وَلَايَةَ قَبْضِ الْهَبَةِ عَنِ الصَّغِيرِ مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ تَرْبِيَةِ الصَّغِيرِ وَتَحْضِينِهِ ، بِأَنَّ كَانَ الصَّغِيرُ فِي عِيَالِهِ اعْتِبَارًا بِجَانِبِ الْمَنْفَعَةِ ، وَلَا يَصِحُّ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ التَّرْبِيَةِ وَالتَّحْضِينِ أَصْلًا ، وَلَا وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ اعْتِبَارًا بِجَانِبِ الضَّرَرِ .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «وَمِنْ» . وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «لَوْ كَانَ» . وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً؛ تَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ فَأُولَى أَنْ يَمْلِكَ الْمَنَافِعَ.

وَإِنْ وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً؛ يَقْبِضُهَا لَهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ وَصِيُّ الْأَبِ أَوْ جَدُّ الْيَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ؛ لِأَنَّ لَهُوْلَاءَ وَلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الْأَبِ.

وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ لَهَا الْوَلَايَةَ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ، وَهَذَا مِنْ بَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِالْمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ وَلَايَةِ التَّخْصِيلِ.

غاية البيان

قوله: (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً؛ تَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ)، هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(١)، وذلك لأن الأب يملك على الصغير ما كان متردداً بين النفع والضرر؛ كالتبضع والشراء، فلأن يملك ما كان نفعاً محضاً، كالهبة والصدقة [٢/٤٦٩و] بالطريق الأولي.

قوله: (وَإِنْ وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً؛ يَقْبِضُهَا لَهُ وَلِيُّهُ)، وهذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ^(٢)، وذلك لأن الهبة للصبي حق من حقوقه، والولاية في جميع حقوقه لوليّه، فكذا في هذا الحق.

قال في «شرح الطحاوي»: «ووليّه أبوه أو وصيُّ أبيه، ثم جدّه، [ثم وصيُّ جدّه]^(٣)، ثم وصيُّ وصيّه، ثم القاضي، ومن نصبه القاضي، سواء كان الصغير في عيال هؤلاء، أو لم يكن. وقد مرّ بيانه قبل هذا»^(٤).

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ)، هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٩٤].

وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ عَلَيْهِ يَدًا مُعْتَبَرَةً . أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتِمَّ كُنْ أَجْنَبِيٍّ آخَرَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ .
وَإِنْ قَبْضَ الصَّبِيِّ الْهَبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ ، مَعْنَاهُ : إِذَا كَانَ عَاقِلًا ؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ .

غاية البيان

«مختصره» ، وتماثفه فيه : «وكذلك إن كان في حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ»^(١) ، وذلك لأنَّ مَنْ يَعُولُهُ لَهُ ضَرْبٌ مِنَ الْوَلَايَةِ ؛ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الصَّنَاعَةِ ، فَجَازَ قَبْضُهُ لَهُ ؛ إِذْ هُوَ نَفْعٌ مُحَضَّرٌ ، فَمَلَكَهُ مَنْ هُوَ فِي عِيَالِهِ ، وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ مَنْ لَا يَعُولُهُ [٢٧٢/٦م] مِمَّنْ لَا وَلَايَةَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ؛ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ .

يُقَالُ : فَلَانٌ فِي حِجْرِ فَلَانٍ ، أَي : فِي كَنَفِهِ وَتَرْبِيَّتِهِ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ قَبْضَ الصَّبِيِّ الْهَبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ أَيْضًا فِي «مختصره»^(٢) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ جَوَّزُوا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ قَبْضَ الصَّغَارِ إِذَا تُصَدِّقَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ وَهَبَ لَهُمْ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ قَبْضَهُمْ صَحِيحٌ ، وَلِأَنَّ لِلصَّبِيِّ يَدًا صَحِيحَةً ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ انْتِزَاعُ مَا فِي يَدِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ^(٣) كَالْبَالِغِ ، فَصَحَّ قَبْضُهُ ، وَقَبْضُ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ فِي حَالِ حَيَاةِ أَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ ، جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا لَا قِيَاسًا ، وَقَدْ مَرَّ قَبْلَ هَذَا .

وَجْهُ الْقِيَاسِ : أَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَيَنْبَغِي أَلَّا يَصَحَّ قَبْضُهُ لِلْهَبَةِ ، كَمَا لَا يَصَحُّ قَبْضُهُ لِلْمَبِيعِ .

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ : أَنَّ فِي قَبْضِ الْهَبَةِ نَفْعًا مُحَضَّرًا بِلَا ضَرَرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَلَّكُهُ بِلَا

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤] .

(٢) ينظر : المصدر السابق .

(٣) وقع بالأصل : «بلا بيعه» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

وَفِيمَا وَهَبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزَّفَافِ لِتَفْوِضِ الْأَبِ أُمُورَهَا
إِنِّيهِ دَلَالَةٌ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزَّفَافِ وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ
مَنْ يَعُولُهَا^(١) غَيْرَهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً
فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَفْوِضِ الْأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا
ضَرُورَةَ.

غاية البيان

عَرَضَ، فَيَصِحُّ قَبْضُهُ، كَمَا يَصِحُّ قَبْضُ مَنْ يَعُولُهُ.

قوله: (وَفِيمَا وَهَبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزَّفَافِ)، ذكر هذا
تفريعاً على مسألة القُدُورِيِّ، وقد مرَّ البيانُ مُستَوْفًى قَبْلُ.

قوله: (وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا^(٢)).

وفي بعض النسخ: «مَنْ يَعُولُهُ»^(٣)، أي: يَمْلِكُ الزَّوْجُ قَبْضَ مَا وَهَبَ لَزَوْجَتِهِ
الصَّغِيرَةِ بَعْدَ الزَّفَافِ مَعَ حُضُورِ الْأَبِ، وَلَا تَمْلِكُ الْأُمُّ، وَكُلُّ مَنْ يَعُولُ الصَّغِيرَ مَعَ
حُضُورِ الْأَبِ، وَالْفَرْقُ مَضَى قَبْلَ هَذَا.

وقال بعض مشايخنا: يَجُوزُ لَهُمْ أَيْضًا: أَنْ يَقْبِضُوا الْهَبَةَ لِلصَّغِيرِ إِذَا كَانَ فِي

(١) في حاشية الأصل: «خ: يعوله».

(٢) وهذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٢٢٤/٣]. وهو المثبت في النسخة التي بخط المؤلف
من «الهداية» [٢/١١٠ق/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا، في نسخة البايسوني
من «الهداية» [٢/٢٥٩ق/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا. وفي نسخة الشَّهْرَكَانْدِي
(المقروءة على أكمل الدين البابري) من «الهداية» [٢/٢٢٤ق/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي
- تركيا.

(٣) وهذا هو المثبت في نسخة الأزرَكَانِي من «الهداية» [٢/١٠٧ق/أ] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي
- تركيا، وفي نسخة القاسمي من «الهداية» [١/٢٢١ق/أ] مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد
باشا - تركيا، وفي نسخة القسطنطينوي من «الهداية» [٢/١٠٦ق/أ] مخطوط مكتبة ولي الدين
أفندي - تركيا، وأشار إليه المؤلف والشَّهْرَكَانْدِي في حاشية نسختها.

قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَارًا؛ لِأَنَّهُمَا سَلَمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ.

غاية البيان

عِيَالِهِمْ كَالزَّوْجِ، وَعَنْهُ احْتَرَزَ فِي الْمَتَنِ بِقَوْلِهِ: (فِي الصَّحِيحِ)، وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِيهِ قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَارًا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ لَمْ يَصَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَصَحُّ»^(١).

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ الْمَحْتَاجَيْنِ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ، قَالَ: جَائِزٌ، فَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيِّيْنِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ وَهَبَ لِمُسْكِينَيْنِ عَشْرَةَ دِرَاهِمٍ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّيْنِ».

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ لِلْغَنِيِّيْنِ وَالْمَحْتَاجَيْنِ^(٢) «^(٣)». إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَحَاصِلُ هَذَا: أَنَّهُ أَجَازَ الصَّدَقَةَ مِنْ اثْنَيْنِ، وَلَمْ يُجِزِ الْهَبَةَ مِنْ اثْنَيْنِ، وَلَكِنَّهُ جَعَلَ الْهَبَةَ عِبَارَةً عَنِ الصَّدَقَةِ إِذَا وَهَبَ لِلْفَقِيرَيْنِ، وَجَعَلَ الصَّدَقَةَ عِبَارَةً عَنِ الْهَبَةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيِّيْنِ مَجَازًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِكُ بِلَا عَوَضٍ، وَفَرَقَ فِي الْحُكْمِ بَيْنَ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤]، «الاختيار» [٥٠/٣]، «تبين الحقائق» [٩٦/٥]، «الجوهرة النيرة» [٣٢٨/١]، «البنية» [١٨٠/١٠]، «درر الحكام» [٢٢١/٢]، «البحر الرائق» [٢٨٩/٧]، «مجمع الأنهر» [٣٥٩/٢]، «الدر المختار» [٦٩٧/٥]، «اللباب» [١٧٤/٢].

(٢) وقع بالأصل: «المحتاجين». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٧].

وَأَنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: بَصَحٌ، لِأَنَّ هَذِهِ هِبَةٌ الْجُمْلَةِ مِنْهُمَا، إِذِ التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ.

غاية البيان

وفي «الأصل»: سَوَّى بَيْنَهُمَا فَقَالَ فِي كِتَابِ الْهِبَةِ عَقِيبَ الْهِبَةِ فِيمَا يَنْقَسِمُ مِنْ اثْنَيْنِ: «وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ»^(١).

ونَقَلَ [٢٧٣/٦م] صَاحِبُ «الْأَجْنَاسِ» عَنْ «الْأَصْلِ»^(٢): «إِذَا وَهَبَ رَجُلَانِ دَارًا مِنْ رَجُلٍ؛ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ، وَلَوْ وَهَبَ رَجُلٌ مِنْ [٤٦٩/٢ظ] رَجُلَيْنِ دَارًا؛ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: جَازٌ.

وَفِي الرَّهْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ جَازٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ جَازٌ مِنْ رَجُلَيْنِ.

وَإِذَا وُجِدَ شِيعَا الدَّارِ فِي الطَّرَفَيْنِ، لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا، كَمَنْ وَهَبَ نَصْفَ دَارٍ مِنْ رَجُلٍ وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، ثُمَّ وَهَبَ النِّصْفَ الْآخَرَ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ وَسَلَّمَهَا؛ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِهِمْ.

وَلَوْ لَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ حَتَّى وَهَبَ النِّصْفَ الْآخَرَ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ سَلَّمَهَا إِلَيْهِمَا، فَإِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: جَازٌ^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْأَجْنَاسِ».

وَقَالَ الْكَزْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَلَوْ وَهَبَ دَارًا لَرَجُلَيْنِ، أَوْ كَرَّرَ طَعَامًا، أَوْ

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٧٢/٣] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٢) ينظر: المصدر السابق [٣٦٦/٣].

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٥٣٠/١].

وَلَهُ أَنْ هَذَا هِبَةٌ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ
فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ ، وَلِأَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ
التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ ، وَعَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ ، بِخِلَافِ
الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا ، وَلِهَذَا لَوْ قَضِيَ
دَيْنٌ أَحَدُهُمَا لَا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنَ الرَّهْنِ .

غاية البيان

أَلْفَ دَرَاهِمَ ، أَوْ شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ ، أَوْ يُوزَنُ ، أَوْ يُقَسَّمُ لِرَجُلَيْنِ ، وَأَقْبَضَهُمَا ذَلِكَ ؛ لَمْ
تَجُزِ الْهِبَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ .

وَلَوْ قَسَمَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَسَلَّمْ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتَهُ مَقْسُومَةً ؛ جَازَ
ذَلِكَ ، وَإِنْ وَهَبَ عَبْدًا ، أَوْ ثَوْبًا لِرَجُلَيْنِ ، أَوْ شَيْئًا مِمَّا لَا يُقَسَّمُ ؛ جَازَ ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمْ
جَمِيعًا ، وَلَوْ وَهَبَ رَجُلَانِ دَارًا بَيْنَهُمَا لِرَجُلٍ ، وَسَلَّمَاهَا إِلَيْهِمْ ؛ جَازَ ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمْ
جَمِيعًا ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» .

ثُمَّ أَعْلَمَ : أَنَّ هِبَةً مَا يَنْقَسِمُ لَا تَجُوزُ لِاثْنَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ ،
أَمَّا الصَّدَقَةُ فِيهِ لِاثْنَيْنِ : تَجُوزُ عَلَى رَوَايَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلَا
تَجُوزُ عَلَى رَوَايَةِ «الْأَصْلِ» كَالْهِبَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ الْهِبَةَ فِيمَا يَنْقَسِمُ مِنْ اثْنَيْنِ عِنْدَهُ ، ثُمَّ
قَالَ : «وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ» ^(٢) .

وَجَهُّ قَوْلِهِمَا : أَنَّ الشُّيُوعَ حَصَلَ فِي أَحَدٍ طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ
كَمَا إِذَا وَهَبَ لِإِثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ .

تَحْقِيقُهُ : أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الصَّحَّةِ هُوَ الشُّيُوعُ وَقَدْ قُدِّدَ ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا الْعَقْدِ
ثَبُوتُ الْمِلْكِ لِهَمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، ثُمَّ تَفَرُّقُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَتَفَرُّقِ أَبْدَانِهِمَا ، فَلَا يَظْهَرُ

(١) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٥] .

(٢) ينظر : «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣/٣٧٢ / طبعة : وزارة الأوقاف القطرية] .

وفي: «الجامع الصغير»: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى مُخْتَاجَيْنِ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا جَارَ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَنِيَّيْنِ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَقَالَا: يَجُوزُ لِلْغَنِيِّيْنِ أَيْضًا جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [١١٠/و] مَجَازًا عَنِ الْآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ

غاية البيان

الشُّيُوعُ فِي حُكْمِ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ أَوْ آجَرَ.

ولأبي حنيفة: أَنَّ الْمَلِكَ فِي الْهَبَةِ [يَقَعُ] ^(١) بِالْقَبْضِ، وَالشُّيُوعُ مُؤَثَّرٌ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْمَعْنَى الْمُوَثَّرُ فِي الْعَقْدِ إِذَا قَارَنَ مَا يَقَعُ بِهِ الْمَلِكُ مَنَعَ مِنْهُ؛ كَالْبَيْعِ يُقَارِنُهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَلِهَذَا جَازَ هَبَةُ الْاِثْنَيْنِ مِنَ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ فِي غَيْرِ مَشَاعٍ، فَيُوجَدُ سَبَبُ الْمَلِكِ بِلَا مَقَارَنَةٍ فَاسِدَةٍ.

بخلاف ما إذا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ حَبْسٌ، وَيَتَصَوَّرُ أَنْ تَكُونَ الدَّارُ مَحْبُوسَةً عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ.

ولهذا إِذَا افْتَكَّ أَحَدُهُمَا كَانَتْ رَهْنًا [٢٧٣/٦ م] بِتَمَامِهَا عِنْدَ الْآخَرِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ ثَمَّةَ يَرْتَفِعُ مَعْنَى الشُّيُوعِ بِالْمُهَايَاةِ، بِأَنْ يَتَهَايَا، فَيَنْتَفِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، وَفِي النِّصْفِ الْآخَرِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ، أَوْ يَسْكُنَانِ جَمِيعًا، فَيَحْصُلُ لَهُمَا الْإِنْتِفَاعُ.

فَأَمَّا الصَّدَقَةُ عَلَى اِثْنَيْنِ: فَقَدْ اخْتَلَفَ مَشَايخُنَا فِي بَيَانِ ذَلِكَ.

قال بعضهم: لَيْسَ فِيهَا اخْتِلَافٌ الرَّوَايَةِ، بَلْ يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَايَةُ وَاحِدَةٍ، كَمَا ذَكَرَ فِي «الجامع الصغير».

وتأويل ما ذَكَرَ فِي «كِتَابِ الْهَبَةِ»: إِذَا كَانَا غَنِيَّيْنِ؛ لِأَنَّ التَّصَدَّقَ عَلَيْهِمَا هِبَةٌ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

ثَابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِكُكَ بِغَيْرِ بَدَلٍ ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ فِي الْحُكْمِ . وَفِي الْأَصْلِ سَوَى بَيْنَهُمَا فَقَالَ : وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ

غاية البيان

منهما ، أَمَّا إِذَا كَانَا فَقِيرَيْنِ ؛ فَذَلِكَ جَائِزٌ ، وَهَذَا تَأْوِيلُ الْحَاكِمِ الشَّهِيدِ صَاحِبِ «الْكَافِي»^(١) .

وَيَحْتَاجُ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ إِلَى الْفَرْقِ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ ، وَفَرَّقَهُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الصَّدَقَةِ يَقَعُ أَوَّلًا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَالْفَقِيرُ نَائِبٌ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْقَبْضِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَهَبَ لَوَاحِدٍ دَارًا ، فَوَكَّلَ الْمُوْهُوبُ لَهُ وَكَيْلَيْنِ بِالْقَبْضِ ، فَقَبَضَا جَازًا ؛ لِأَنَّ الْمُوْهُوبَ لَهُ وَاحِدٌ بِخِلَافِ الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَقَعُ لِلْاِثْنَيْنِ .

قَالَ صَاحِبُ «التَّحْفَةِ» : «قِيلَ : عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : تَجُوزُ الصَّدَقَةُ مِنَ الْغَنِيِّينَ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ لَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ»^(٢) .

وَقَالَ بَعْضُ مُشَايخِنَا : فِيهَا اخْتِلَافٌ [٧٠/٢] الرُّوَايَتَيْنِ ، فَعَلَى رَوَايَةِ «الْأَصْلِ» : لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ عَلَى اِثْنَيْنِ .

وَالِإِلَى هَذَا الْوَجْهِ : ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ، قَالَ : «وَمَنْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ بِدَارٍ عَلَى رَجُلَيْنِ ؛ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَجَازَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ»^(٣) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ . وَلِكُلِّ رَوَايَةٍ وَجْهٌ .

أَمَّا وَجْهُ رَوَايَةِ «الْأَصْلِ» : فَهُوَ أَنَّ الْمَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَقَعُ لِلَّهِ تَعَالَى - وَهُوَ وَاحِدٌ - لَكِنْ يَقَعُ فِي ضَمَنِ مَلِكٍ الْفَقِيرِ ، وَالْمَلِكُ لِلْفَقِيرِ يَثْبُتُ فِي الشَّائِعِ ، فَلَا يَتِمُّ قَبْضُ الْفَقِيرِ ، وَإِذَا لَمْ يَتِمَّ قَبْضُ الْفَقِيرِ ؛ لَمْ يَقَعِ الْمَلِكُ لِلَّهِ تَعَالَى فِي ضَمْنِهِ ، بِخِلَافِ

(١) ينظر: «الكا في» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤] .

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٣/٣] .

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٣١] .

فِي الْفَصْلَيْنِ لِتَوْفِقِهِمَا عَلَى الْقَبْضِ . وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ ، وَالْهَبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجْهَ الْغَنِيِّ وَهُمَا اثْنَانِ ، وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ، وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ .

غَايَةُ الْبَيَانِ

الْوَكِيلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ابْتِدَاءً يَقَعُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، لَا لِلْوَكِيلَيْنِ ، وَالْمَوْهُوبُ لَهُ وَاحِدٌ . وَأَمَّا وَجْهُ رَوَايَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : فَقَدْ مَرَّ ، وَهُوَ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالتَّصَدُّقِ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَهُوَ وَاحِدٌ ، وَقَبْضُ الْفَقِيرِ يَقَعُ لَهُ ، فَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ بِالْقَبْضِ .

وَقَوْلُ زُفَرٍ : كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا وَهَبَ وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ ؛ حَيْثُ لَا يَجُوزُ ، وَبِهِ صَرَّحَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» .

قَوْلُهُ : (وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ) ، أَيِ : وَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْهَبَةِ مِنْ اثْنَيْنِ ؛ حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَيْنَ الصَّدَقَةِ عَلَى اثْنَيْنِ ؛ حَيْثُ جازَتْ عَلَى رَوَايَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

قَوْلُهُ : (وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) ، أَيِ : جَوَازُ الصَّدَقَةِ فِيمَا يَنْقَسِمُ عَلَى فَقِيرَيْنِ هُوَ الصَّحِيحُ ، وَتَأْوِيلُ الْمَذْكُورِ فِي «الْأَصْلِ» : التَّصَدُّقُ عَلَى غَنِيَّيْنِ ؛ بِدَلِيلِ [٢٧٤/٦] رَوَايَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ؛ حَيْثُ صَرَّحَ فِيهِ أَنَّ التَّصَدُّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَائِزٌ^(١) .

ثُمَّ اعْلَمْ : أَنَّ الْهَبَةَ الْفَاسِدَةَ مَضْمُونَةٌ لَا يَمْلِكُهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ فِي «الْمُضَارَبَةِ الْكُبْرَى» : لَوْ دَفَعَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ إِلَى رَجُلٍ ، وَقَالَ : نَصْفُهُ هِبَةٌ ، وَنَصْفُهُ مُضَارَبَةٌ ؛ لَمْ تَجْزِ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ مَشَاعٌ ، وَلَوْ هَلَكَ عِنْدَ الْقَابِضِ ضَمِنَ خَمْسَ مِئَةِ دَرَاهِمٍ .

(١) ينظر : «مختلف الرواية» [١٤٠٨/٣] ، «المبسوط» [٩٢/١٢] ، «تحفة الفقهاء» [١٦٣/٣] ، «الاختيار» [٦٨/٣] ، «تبيين الحقائق» [٩٧/٥ ، ١٠٤] ، «البحر الرائق» [٢٩٧/٧] .

وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثُهَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا؛ لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. فَلَوْ قَالَ: لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهُ وَلِلْآخَرِ نِصْفُهُ. عَنْ أَبِي

غَايَةِ الْبَيَانِ

وفي «نوادير ابن رستم» عند محمد: «لو دفع درهمين، فقال: أحدهما لك هبة، والآخر يكون عندك وديعة، فصاعا جميعاً؛ يضمن درهمًا، وهو في الآخر أمين، وإنما ضمن الدرهم الهبة؛ لأنه أخذه على فسادِهِ؛ لأن الهبة كانت غير مقسومة»^(١). وهكذا نقل في «الأجناس» عن «النوادر».

وقال الولوالجي في «فتاواه»: «رجلٌ معه درهمان، قال لرجلٍ آخر: لك درهمٌ منهما، فالمسألة على وجهين: إن كانا مستويين؛ لا تجوز الهبة، وإن كانا مختلفين؛ تجوز، والفرق: أن في الوجه الأول تناولت الهبة أحدهما، وهو مجهول، وفي الوجه الثاني: تناولت قدر درهمٍ منهما، وهو مشاع، لا يحتمل القسمة»^(٢).

وقال فيها أيضاً: «رجلٌ وهب لرجلين درهمًا صحيحًا تكلموا فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن تنصيف الدرهم لا يضر، فكان مشاعاً يحتمل القسمة، والصحيح أنه يجوز؛ لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادةً، فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة»، قال: «وهذا يؤيد ما ذكرنا قبل هذا»^(٣).

قوله: (وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثُهَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا؛ لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ^(٤)، ذكر هذه المسألة تفرعاً على مسألة القدوري.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٥٢٩/١].

(٢) ينظر: «الفتاوى الولوالجية» [١٢٠/٣].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» [١٤١١/٣]، «المبسوط» [٦٨/١٢]، «تحفة الفقهاء» [١٦٣/٣]، =

يوسف فِيهِ رَوَايَتَانِ ، فَأَبُو حَنِيفَةَ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ .

﴿ غاية البيان ﴾

هكذا ذكر الخلاف في «المبسوط»^(١) و«مختصر الكافي» للحاكم بين محمد وصاحبه^(٢) ، وهكذا ذكر الخلاف في «المنظومة» و«المختلف»^(٣) .

وقد ذكر القدوري في كتابه «التقريب» الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ، ولم يذكر قول أبي حنيفة ، وكذلك ذكر في «إشارات الأسرار» أيضاً .

ثم اعلم : أن أبا حنيفة مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي هِبَةِ الْوَاحِدِ الدَّارِ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَإِنَّهَا لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّهَا هِبَةُ الْمَشَاعِ ، فَكَذَا هُنَا ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي جَوَازِ [٢/٤٧٠ ظ] هِبَةِ الدَّارِ مِنْ اثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَلَمْ يَظْهَرْ الشُّيُوعُ .

وأبو يوسف فَرَّقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، فَقَدْ جَوَزَ ثَمَّةً كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ ، وَلَمْ يُجَوِّزْ هُنَا كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

وجهُ الفرقِ لأبي يوسف : أَنَّهُ إِذَا أُطْلِقَ الْهِبَةُ مِنْهُمَا ؛ فَالْعَقْدُ لَا يَتَعَرَّضُ لِلتَّبْعِيضِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَصَّلَ أَحَدُهُمَا فِي الْعَقْدِ وَقَالَ : لِهَذَا ثُلُثُهَا ، وَلِهَذَا ثُلُثَاهَا ، فَإِنَّ التَّفْصِيلَ فِي الْعَقْدِ يُوجِبُ تَفْرِيقًا فِي الْعَقْدِ ، وَالْعَقْدُ مَتَى تَفَرَّقَ أَوْجَبَ الشُّيُوعَ لَا [١/٢٧٤ ظ/م] مُحَالَةً ، فَمَنْعَ مِنَ الْجَوَازِ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : وَهَبْتُ الدَّارَ مِنْكُمَا ، النِّصْفَ مِنْ هَذَا ، وَالنِّصْفَ مِنْ ذَاكَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانٌ لِحُكْمِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ يَقَعُ كَذَلِكَ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الْجَوَازَ ، وَفِي صُورَةٍ

= «بدائع الصنائع» [٥/١٧٣، ١٧٤] ، «الاختيار» [٣/٦٧، ٦٨] ، «تبيين الحقائق» [٥/٩٦، ٩٧] ، «الفتاوى الهندية» [٤/٤٢٢] .

(١) ينظر : «المبسوط» للسرخسي [١٢/٦٩] .

(٢) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤] .

(٣) ينظر : «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٠٧، ١٤٠٨] .

وَالْفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِالتَّنْصِيفِ عَلَى الْأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْبَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَرَ عَلَى الْأَبْعَاضِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

التفضيل تعذر جعله بياناً لحكم العقد ، فإن حكمه التنصيف لا التفاضل ، فأوجب التفضيل شيوعاً ، فمنع الجواز ، فافترقا .

وقال شيخ الإسلام خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مبسوطه» : «فَرَّقَ أَبُو يَوْسُفَ بَيْنَ الرَّهْنِ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَبَيْنَ الْهَبَةِ مِنْ اثْنَيْنِ - إِذَا مَيَّزَ بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ - فَقَالَ : تَجُوزُ الْهَبَةُ ، وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ التَّمْيِيزَ فِي النِّصْفِ فِي بَابِ الرَّهْنِ بِمَنْزِلَةِ التَّفْضِيلِ فِي بَابِ الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ حَالَةَ الْإِجْمَالِ فِي بَابِ الرَّهْنِ أَنْ يَصِيرَ الْكُلُّ رَهْنًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا النِّصْفُ ، وَإِذَا ذَكَرَ النِّصْفَ فَقَدْ غَيَّرَ مُوجِبَ الْعَقْدِ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ التَّفْضِيلِ فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ التَّفْضِيلَ فِي الْهَبَةِ يُغَيِّرُ مُوجِبَ الْعَقْدِ .

فَأَمَّا التَّمْيِيزُ مِنْ حَيْثُ النِّصْفُ فِي الْهَبَةِ : تَقْرِيرٌ لِمُوجِبِ الْعَقْدِ ، وَلَيْسَ بِتَغْيِيرٍ ، وَتَقْرِيرٌ مَا يَقْتَضِيهِ مُطْلَقُ الْعَقْدِ لَا يَمْنَعُ صَحَّةَ الْعَقْدِ ، كَمَا فِي بَابِ الرَّهْنِ إِذَا قَالَ : عَلَى أَنْ يَكُونَ الْكُلُّ رَهْنًا عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَازٌ .

وقال القُدُورِيُّ فِي كِتَابِهِ الْمُسَمَّى بِ«التقريب» : «وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يَوْسُفَ : فَيَمَنْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ : وَهَبْتُ مِنْكُمَا هَذِهِ الدَّارَ ؛ لِهَذَا نَصَفُهَا وَلِهَذَا نَصَفُهَا صَحَّتِ الْهَبَةُ ، وَلَوْ قَالَ : وَهَبْتُ مِنْكَ نِصْفَ هَذِهِ الدَّارِ ، وَمِنَ الْآخِرِ نِصْفَهَا ؛ لَمْ تَصَحَّ الْهَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأَوَّلِ أَوْقَعَ الْعَقْدَ صَفْقَةً ، ثُمَّ فَسَّرَ مُقْتَضَى الصَّفْقَةِ مِنَ الْقِسْمَةِ ، وَفِي الثَّانِي : فَرَّقَ أَحَدَ الْإِيجَابَيْنِ عَنِ الْآخَرِ» .

وَاللَّهُ ﷻ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَآبُ .



بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ

وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا.

غاية البيان

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ

قد بيّنا في أوّل كتاب الهبة: أن حكم الهبة وقوع المِلْكِ للمَوْهُوبِ له مِلْكًا غير لازم، وفائدته صحّة الرجوع، وهذا باب بيان مواضع الرجوع وما يَمْنَعُ منه. قوله: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتماّمه فيه: «إلا أن يُعَوِّضَهُ عنها، أو تَزِيدُ زيادةً متّصلةً، أو يموت أحد المتعاقدين، أو يَخْرُجُ المَوْهُوبُ عن مِلْكِهِ»^(١).

قال أصحابنا: إذا وهب من أجنبي شيئاً، فلم يُعَوِّضْهُ؛ له حق الرجوع^(٢).

وقال الشافعي رحمه الله: ليس حق الرجوع^(٣).

وأما الوالد إذا وهب لولده شيئاً: فعندنا: ليس له حق الرجوع^(٤).

وعنده: له حق الرجوع، وقد اتفقوا أنه إذا وهب لزوجته أو للفقير؛ ليس له

حق الرجوع. كذا في «الطريقة البرهانية».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤ - ١٢٥].

(٢) ينظر: «المبسوط» [٧٥/١٢]، «تحفة الفقهاء» [١٦٧/٣]، «بدائع الصنائع» [١٨٧/٥]، «الاختيار»

[٧٠، ٦٩/٣]، «تبیین الحقائق» [٩٩/٥]، «البحر الرائق» [٢٩٢/٧]، «الفتاوى الهندية»

[٤٤٠/٤].

(٣) ينظر: «الحاوي» [٥٤٥/٧]، «المهذب» [٣٣٥/٢]، «نهاية المطلب» [٤٢٣/٨]، «البيان»

[١٢٤/٨]، «العزیز» [٣٢٢/٦].

(٤) سيأتي تفصيل مذهب الشافعي قريباً.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا رُجُوعَ فِيهَا، لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لَوْلَدِهِ»، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ، وَالْعَقْدُ لَا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلَافِ هِبَةِ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ التَّمْلِيكَ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ.

شَايَةِ الْبَيَانِ

وَقَالَ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي «طَرِيقَتِهِ»: «وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ لَزَوْجَتِهِ، أَوْ لَذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ لَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الطَّرِيقَةُ».

وَأَرَادَ بِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ غَيْرَ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ فِي الْوَلَدِ اخْتِلَافًا.

وَقَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ الْمَالِكِيُّ الْبَصْرِيُّ فِي كِتَابِ «التَّفْرِيعِ»: «وَكُلُّ مَنْ وَهَبَ هِبَةً، فَلَيْسَ فِيهَا رَجْعَةٌ إِلَّا الْوَالِدَيْنِ خَاصَّةً، فَإِنَّ [٢٧٥/٦ م] لِهَمَا الرَّجْعَةُ فِيمَا وَهَبَاهُ لَوْلَدِهِمَا، مَا لَمْ يَتَدَايِنَا أَوْ يَتَزَوَّجَا، فَإِذَا تَدَايَنَا أَوْ تَزَوَّجَا؛ لَمْ يَكُنْ لِلْوَالِدَيْنِ فِي الْهِبَةِ رَجْعَةٌ، فَإِنْ تَغَيَّرَتِ الْهِبَةُ عِنْدَ الْوَلَدِ؛ فَلَيْسَ [٤٧١/٢ م] لِلْوَالِدِ فِيهَا رَجْعَةٌ، وَإِنْ بَاعَهَا الْوَلَدُ وَأَخَذَ ثَمَنَهَا؛ لَمْ يَكُنْ لِلْوَالِدِ إِلَى الثَّمَنِ فِيهَا سَبِيلٌ»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «التَّفْرِيعِ».

وَقَالَ فِي «وَجِيزِ الشَّافِعِيَّةِ»: «وَلَا رُجُوعَ فِيهَا إِلَّا لِلْوَالِدِ»^(٣) فِيمَا يَهَبُ لَوْلَدِهِ، وَفِي مَعْنَاهُ: الْوَالِدَةُ وَالْجَدُّ^(٤) وَكُلُّ أَصْلٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْأَبِ، وَإِنْ تَصَدَّقَ الْأَبُ عَلَيْهِ لِفَقْرِهِ؛ فَفِي الرُّجُوعِ خِلَافٌ، وَمَهُمَا تَلَفَ الْمُوهِبُ، أَوْ زَالَ مِلْكُ الْمُتَهَبِ؛ فَاتَ الرُّجُوعُ، وَلَا يَتَّبَعُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ»^(٥). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْوَجِيزِ».

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٩٤].

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/٢٦٩].

(٣) في «الوجيز»: «إِلَّا لِلْوَالِدِ (ح، م) فِيمَا يَهَبُ لَوْلَدِهِ...». ويعني بـ: (ح): الرمز به إلى أبي حنيفة. وبـ: (م): الرمز به إلى مالك بن أنس، كما نص على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٤) في «الوجيز»: «وَالْجَدُّ (م) وَكُلُّ أَصْلٍ...».

(٥) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٦/٣٢١].

غاية البيان

وقال الخِرَقِيُّ من الحنابلة في «مختصره»: «ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمُهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثبت عليها إلا الأب»^(١).

وجه قول من لم يجوز الرجوع للأجنبي: ما روي في «شرح الآثار»: مسنداً إلى طاوُس عن ابنِ عُمَرَ وابنِ عَبَّاسٍ قالا: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبَّتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ لِوَلَدِهِ»^(٢).

وقد رَوَى الْبُخَارِيُّ في «صحيحه»: مسنداً إلى ابنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ»^(٣).

وفي رواية عن ابنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوءِ، الَّذِي يَعُودُ فِي هَبَّتِهِ كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْتِهِ»^(٤)، ولأنه عقد تملك، فينبغي أن يقع لازماً للبيع، وهذا المعنى ترك في الوالد بالنص، أو لأن ثمة لم يتم التملك لكون الولد جزءاً منه، فثبت له الرجوع.

ولنا: ما حدث الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار» قَالَ: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَرْزُوقٍ،

(١) ينظر: «مختصر الخرقى» [ص/٨٢].

(٢) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب الرجوع في الهبة [رقم/٣٥٣٩]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في الرجوع في الهبة [رقم/١٢٩٩]، والنسائي في كتاب الهبة/ رجوع الوالد فيما يعطي ولده [رقم/٣٦٩٠]، وابن ماجه في كتاب الهبات/ باب من أعطى ولده ثم رجع فيه [رقم/٢٣٧٧]، وأحمد في «المسند» [٢/٢٧]، من طريق طاوُس عن ابنِ عُمَرَ، وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ

١٠٤

قال الترمذي: «حديث ابن عباس حديث حسن صحيح». وقال ابن حجر: «رواه أحمد والأربعة، وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) مضى تخريجه.

قَالَ: حَدَّثَنَا مَكِّيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: حَدَّثَنَا حَنْظَلَةُ عَنْ سَالِمٍ قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى يُثَابَ مِنْهَا بِمَا يَرْضَى»^(١).

وقال الطَّحَاوِيُّ أيضًا فيه: حَدَّثَنَا يُونُسُ أَخْبَرَنَا ابْنُ وَهْبٍ: أَنَّ مَالِكًا حَدَّثَهُ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفِ الْمُرِّيِّ، عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةٍ رَجِمَ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ؛ فَهُوَ عَلَى هَيْبَةٍ، يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ لَمْ يَرْضَ مِنْهَا»^(٢).

فهذا عُمَرُ رضي الله عنه جعل في الهبة لذي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَالصَّدَقَةِ أَلَّا يَرْجِعَ، وجعل في غيره مِنَ الْهَبَاتِ أَنْ يَرْجِعَ.

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِيهِ أَيْضًا: عَنْ سُلَيْمَانَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زِيَادٍ، عَنْ شُعْبَةَ، عَنْ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ^(٣)، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ أَبَرِيٍّ، عَنْ عَلِيٍّ قَالَ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِيَّةٍ مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا»^(٤).

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥١٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه به.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٢٨/١٤].
(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ» رواية أبي مصعب الزهري [٤٨٦/٢]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٨٢/٦]، من طريق عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه به.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٢٨/١٤].
(٣) وقع بالأصل: «سَمِعْتُ الْقَاسِمَ، وَحَدَّثَ ابْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥٢٦]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١٧٠٣]، والطحاوي =

هـاية البيان

وَحَدَّثَ الْكَرَّخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١) قَالَ: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا
- ١ - ٣٧٥ هـ/ يَحْيَى قَالَ: حَدَّثَنَا شَرِيكٌ، عَنْ جَابِرٍ عَنِ الْقَاسِمِ، عَنْ ابْنِ أَبَزَى، عَنْ
عَبِيٍّ رضي الله عنه قَالَ: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا»^(٢).

وقال الْكَرَّخِيُّ أَيْضًا: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ نُمَيْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا
حَفْصٌ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنِ الْأَسْوَدِ عَنْ عُمَرَ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِغَيْرِ ذِي
رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَثْبُثْ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ
أَنْ يَرْجِعَ»^(٣).

وقال الْكَرَّخِيُّ: «وَالِى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ: ذَهَبَ أَصْحَابُنَا، وَأَجَازُوا
الرجوع في الهبة في الْحُكْمِ إِذَا كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ وَلَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا، وَكَرِهُوا ذَلِكَ لِلْوَاهِبِ
فِي الدِّينِ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»^(٤).
وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»^(٤). وتأويله

= في «شرح معاني الآثار» [٣٤/٤]، والدارقطني في «سننه» [٤٤/٣]، من طريق شُعْبَةَ، عَنْ جَابِرِ
الْجُعْفِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يُحَدِّثُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبَزَى، عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه بِهِ.
(١) قد راجعنا نسختين من «مختصر الكرّخي» فلم نجد فيهما هذا الخبر والذي بعده!

أ - أما النسخة الأولى: فهي الممّزوجة بشرح أبي الفضل ركن الدين الكرّماني [ق ٢٠٥/٢/أ/ مخطوط
مكتبة عاطف أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب - والنسخة الثانية: هي الممّزوجة بشرح الإمام الكبير أبي الحسين القدوري [ق ١٥٠/ب/
مخطوط مكتبة رضا - رامبور/ الهند/ نقلًا عن مصوّرات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

(٢) مضى تخريجه في الذي قبله.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٢٠٥٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، من طريق
الأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ الْأَسْوَدِ، عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه بِهِ.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٢٨/١٤].

(٤) مضى تخريجه.

غاية البيان

عند أصحابنا على الكراهة ليس على التحريم، ويدل على صحته تمثيله بالكلب، ولو كان [٤٧١/٢] مُحَرَّمًا ما صح تمثيله بالكلب؛ لأن معنى التحريم لا يصح في الكلب، ويدل على ذلك ما روي عن عمر وعلي في إجازة الرجوع للأجنبي فيما وهب مما لم يثبت منه، ولو كان حرامًا لَمَا أجازا^(١) ذلك.

والجواب عن قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَبِّهِ، إِلَّا الْوَالِدُ لَوْلَدِهِ»^(٢).

فنقول: ليس المراد منه التحريم، بل إنما وصف الرجوع بأنه لَا يَحِلُّ تغليظًا؛ لكراهية أن يكون أحد من أمته له مثل السوء؛ بدليل ما روي عن عمر وعلي أنهما أجازا الرجوع، وهذا كما روي عن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ»^(٣)، فلم يكن ذلك على معنى أنها تحرم عليه كما تحرم على الأغنياء، ولكنها لَا تَحِلُّ له من حيث تحل لغيره من ذوي الحاجة والزمانة، فكذلك هذا على أنه لَا يَحِلُّ له ذلك، كما لَا تَحِلُّ له الأشياء التي قد أحلها، ولم يجعل لنا عليها مثل السوء.

وأما استثناء الوالد: فتأويله على أن الوالد يُباح له أن يأخذ ما وهب لابنه في وقت حاجته إلى ذلك وفقره إليه، ولا يكون مثله مثل السوء؛ كمثل الكلب الراجع في قبته.

والمعقول في المسألة: أن الهبة عقد قابل للفسخ^(٣) والنقض، ولهذا إذا تفاسخا صح بالاتفاق.

(١) وقع بالأصل: «لما جاز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «الفسخ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا» أَي: لَمْ يُعَوِّضْ؛

غاية البيان

قُلْتُ: ذَلِكَ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ لَا يُنَافِي ذَلِكَ مَا قُلْنَا مِنْ كَوْنِ الْعَوَضِ الْمَالِيِّ غَرَضًا؛ لِأَنِّ إِظْهَارَ السَّخَاءِ لَا يَنْتَفِي بِمَجَرَّدِ ثَبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي بِالرُّجُوعِ، فَإِذَا قَصَدَ الرُّجُوعَ؛ تَبَيَّنَ أَنَّ غَرَضَهُ الْمَجَازَاةَ، لَا إِظْهَارَ السَّخَاءِ، فَكَانَ ^(١) لَهُ الْفَسْخُ لِفَوَاتِ الْغَرَضِ.

وَلِأَنَّ التَّبَرُّعَ عَلَى نَوْعَيْنِ: تَبَرُّعٌ بِالْعَيْنِ؛ كَالْهَبَةِ، وَتَبَرُّعٌ بِالْمَنْفَعَةِ؛ كَالْعَارِيَّةِ.

فَفِي ذَلِكَ التَّبَرُّعُ يَصِحُّ الرُّجُوعُ، فَكَذَا فِي هَذَا؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ يُنَافِي الزُّومَ إِلَّا إِذَا وَجَدَ الْمَانِعَ مِنَ الرُّجُوعِ، وَسَنَذَكُرُ الْمَوَانِعَ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ: أَنَّ يَكُونَ الرُّجُوعُ مِنْهَا عَنْهُ، وَمَعَ هَذَا لَوْ رَجَعَ صَحَّ، كَمَا أَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنِ الْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ، فَلَوْ عَقَّدَ صَحَّ عَقْدُهُ، وَكَذَلِكَ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، فَلَوْ أَوْقَعَ فِيهِ صَحَّ إِيقَاعُهُ، وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ فِي أَرْضٍ مَغْصُوبَةٍ، وَالذَّبْحُ بِسَكِينٍ مَغْصُوبَةٍ، وَلَوْ فَعَلَ صَحَّ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ): «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا» ^(٢) فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَلَامِ عَلِيٍّ لَا مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ، وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ.

(١) وقع بالأصل: «الأن». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» [رقم/٢١٧٠٣] من طريق ابن أبي أزي، عن علي، موقوفاً عليه، وقد ثبت مرفوعاً من حديث أبي هريرة، وموقوفاً على عمر بن الخطاب.

أخرجه: ابن ماجه في [رقم/٢٣٨٧]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١٧٠٤]، والدارقطني في «سننه» [٤٤/٣]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٨١/٦]، من حديث أبي هريرة ﷺ به. واللفظ للدارقطني والبيهقي.

قال ابن حجر: «في إسناده ضعف». ورجَّح البخاري والبيهقي وغيرهما وقفه على عمر بن الخطاب ﷺ. ينظر: «البدور المنير» لابن الملقن [١٤٦/٧]، و«الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٨٤/٢].

وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيزُ لِلْعَادَةِ، فَيُثْبِتُ لَهُ وَلَايَةُ الْفَسْخِ عِنْدَ قَوَاتِهِ، إِذَا الْعَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ: نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرَّجُوعِ، وَإِثْبَاتُهُ لِلْوَالِدِ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَلَّكُهُ لِلْحَاجَةِ وَذَلِكَ يُسَمَّى رُجُوعًا.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ فَلَهُ الرَّجُوعُ لِبَيَانِ الْحُكْمِ، أَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلَا زِمَةَ؛ لِقَوْلِهِ: «الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَبْلِهِ».....

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ [٢/٤٧٧] بِمَا رُوِيَ: نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرَّجُوعِ، وَإِثْبَاتُهُ لِلْوَالِدِ)، أَي: الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ: «لَا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هَبَّتِهِ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لَوْلَدِهِ»^(١): حَرَمَةُ رَجُوعِ غَيْرِ الْوَالِدِ فِي هَبَّتِهِ بِطَرِيقِ الْاسْتِبْدَادِ؛ أَي: التَّفَرُّدِ وَإِثْبَاتِ الْاسْتِبْدَادِ بِالرَّجُوعِ لِلْوَالِدِ، يَعْنِي: أَنَّ غَيْرَ الْوَالِدِ لَا يَسْتَبِيدُ بِالرَّجُوعِ بَدُونِ أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهِ قَضَاءُ الْقَاضِي، أَوْ رِضَا الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَالْوَالِدُ يَسْتَبِيدُ بِهِ، يَعْنِي: يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتِمَلَّكَ مَالَ وَلَدِهِ إِذَا احتاجَ إِلَيْهِ، وَسَمِيَ ذَلِكَ رَجُوعًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَلَّكَه عَادَ إِلَيْهِ مَا وَهَبَ.

وَحَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ»: بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «وُلِدَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، مِنْ أَطِيبِ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»^(١).

وَفِي «السَّنَنِ» أَيْضًا: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ، إِنْ أَوْلَادُكُمْ مِنْ أَطِيبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ»^(١).

وَهَذَا الْجَوَابُ عَنْ حَدِيثِ الْخَصْمِ عَلَى طَرِيقِ التَّسْلِيمِ، عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ: حَرَمَةُ الرَّجُوعِ لَغَيْرِ الْوَالِدِ [١/٢٧٦ ط/م]، لَكِنْ بِطَرِيقِ الْاسْتِبْدَادِ، ثُمَّ اسْتُثْنِيَ عَنْهُ الْوَالِدُ عَلَى مَعْنَى: أَنَّ رَجُوعَهُ بِالْاسْتِبْدَادِ لَا يَحْرُمُ.

وَالْأَوَّلَى هُوَ الْمَنْعُ بِأَنْ يُقَالَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ حَرَمَةُ الرَّجُوعِ، بَلْ نَفْيُ حِلِّ الرَّجُوعِ لِلتَّغْلِيظِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّا قَبْلَ هَذَا، لَا لِلْحَرَمَةِ.

وَهَذَا لِاسْتِقْبَاحِهِ .

ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضُهَا فَقَالَ: إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا؛ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ أَوْ تَزِيدُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ وَلَا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ [١١٠/ظ] لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ الْعَقْدِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (وَهَذَا لِلِاسْتِقْبَاحِ)، أَي: قَوْلُهُ ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هَيْتِهِ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ»^(١): لِلِاسْتِقْبَاحِ وَالْكَرَاهِيَةِ لَا لِلتَّحْرِيمِ؛ بِدَلِيلِ مَا رُوِيَ فِي رَوَايَةٍ أُخْرَى: «كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْتِهِ»^(٢)، وَفَعَلَ الْكَلْبُ لَا يُوصَفُ بِتَحْلِيلٍ وَلَا تَحْرِيمٍ، وَإِنَّمَا يُوصَفُ بِالِاسْتِقْبَاحِ وَالْكَرَاهِيَةِ، وَقَدْ شَبَّهَ بِهِ فَعَلَ الرَّاجِعُ، فَتَبَيَّنَتِ الْكَرَاهَةُ .

قَوْلُهُ: (ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضُهَا فَقَالَ: إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا)، أَي: ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ بَعْضَ الْمَوَانِعِ فِي «مَخْتَصَرِهِ» فَقَالَ فِيهِ: «إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ»^(٣)، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ^(٤): «وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا» .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادِهِ فِي «مَبْسُوطِهِ»: «الْمَوَانِعُ مِنَ الرُّجُوعِ تِسْعَةٌ: الْقَرَابَةُ الْمُحَرَّمَةُ لِلنِّكَاحِ، وَالزَّوْجِيَّةُ وَقْتُ الْعَقْدِ، وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ، وَمَوْتُ الْوَاهِبِ، وَمَوْتُ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَهَلَاكُ الشَّيْءِ الْمَوْهُوبِ، وَخُرُوجُهُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَحُصُولُ الْعِوَضِ، وَالتَّغْيِيرُ مِنْ جَنْسٍ إِلَى جَنْسٍ» .

اعْلَمْ: أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا وَهَبَ لَذِي رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ، أَوْ لِمَحْرَمٍ غَيْرِ ذِي رَحِمٍ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ؓ أَنَّهُ قَالَ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَيْتِهِ مَا لَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا»^(١)، فَأَمَّا إِذَا وَهَبَ لَذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ؓ

(١) مَضَى تَخْرِيجُهُ .

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٢٤] .

(٣) أَي: قَوْلُ الْقُدُورِيِّ ؓ .

(٤) مَضَى تَخْرِيجُهُ .

غاية البيان

في هبة الوالد لولده، وقد مرَّ ذلك.

والأصل فيه: ما رَوَيْنَا عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه قَبْلَ هَذَا أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةٍ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجَعُ فِيهَا»^(١)، وَلأنَّ هَذِهِ هِبَةٌ حَصَلَ لِلوَاهِبِ مِنْهَا مَقْصُودُهُ، فَلَا يَكُونُ لَهُ الرُّجُوعُ، كَمَا فِي سِوَى الْإِبْنِ مِنَ الْأَقَارِبِ، وَكَمَا إِذَا وَهَبَ الْإِبْنُ لِأَبِيهِ، وَكَمَا لَوْ وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِصَاحِبِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْهِبَةِ لِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ صِلَةُ الرَّحِمِ، لَا الْعِوَضَ الْمَالِيَّ، مَا لَمْ يُوجَدِ التَّنْصِيسُ عَلَى الْعِوَضِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ وَقَالَ: أَهْبُكَ لِصِلَةِ الرَّحِمِ لَا يَرْجَعُ، فَكَذَلِكَ هَذَا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ، وَأَمَّا قِيَامُ الزَّوْجِيَّةِ فَمَانِعٌ مِنَ الرُّجُوعِ أَيْضًا عِنْدَنَا.

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرَ زَادَهُ: «قَالَ بَعْضُ النَّاسِ: بَأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ الرُّجُوعُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَكُونَ لِلوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِي الْقَرِيبِ وَالْأَجْنَبِيِّ، إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ فِي الْقَرِيبِ بِالنَّصِّ، وَمَا ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ [٤٧٢/٢ ط] غَيْرُهُ».

وَلَنَا: مَا حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الآثار» وَقَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو عُمَرَ^(٢)، أَخْبَرَنَا أَبُو عَوَانَةَ، عَنْ مَنْصُورٍ قَالَ: قَالَ إِبْرَاهِيمُ: «إِذَا وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، أَوْ وَهَبَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ؛ فَالْهِبَةُ جَائِزَةٌ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجَعَ فِي هِبَتِهِ»^(٣).

وَحَدَّثَ أَيْضًا فِيهِ: عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ شُعَيْبٍ بْنِ سُلَيْمَانَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ مُحَمَّدٍ

(١) مضى تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «أبو عمرو». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س». وهو الموافق لما وقع في: «شرح معاني الآثار».

(٣) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨٤/٤]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ رضي الله عنه بِهِ.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٤٠/١٤].

❦ غاية البيان ❦

بْنِ الْحَسَنِ [٢٧٧/٦ م]، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، أَنَّهُ قَالَ: «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ ذِي الرَّحِمِ إِذَا وَهَبَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ»^(١).

وقال محمد بن الحسن في كتاب «الآثار»: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ الْقَرَابَةِ، أَيُّهُمَا وَهَبَ لِصَاحِبِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِ»^(٢)، ولأن المقصود من هبة أحد الزوجين لصاحبه حُسْنُ الْعِشْرَةِ والتودُّدُ، لا الْعِوَضُ الْمَالِيُّ، وقد حصل المقصودُ فلا رجوعَ، وأمَّا الزيادةُ المتَّصلةُ فمانعةٌ مِنَ الرجوعِ.

وقال ابنُ أَبِي لَيْلَى: لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ، كَذَا نَقَلَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَهُ مَذْهَبَهُ. وَنَقَلَ فِي «شرح الأقطع»^(٣): مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَمَذْهَبِهِ^(٤).

ووجهه^(٥): الْقِيَاسُ عَلَى الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ.

ولنا: أَنَّ الرَّجُوعَ لَوْ صَحَّ فَلَا يَخْلُو: إمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ الزِّيَادَةِ أَوْ لَا مَعَ الزِّيَادَةِ، فَلَا يَجُوزُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ، وَلَا يَجُوزُ الثَّانِي؛ لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ، فَتَعَيَّنَ عَدَمُ الرَّجُوعِ.

فإن قالوا: الزيادةُ إذا حدثتْ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ، فكذا إذا حدثتْ بَعْدَهُ.

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨٤/٤]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «لخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٤٠/١٤].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٥٩٩/٢]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٣٩٤/ق].

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣٧٨/٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدميري [٥٥٧/٥].

(٥) وقع بالأصل: «وَوَجْه». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

غاية البيان

قلنا: إذا حدثت قبله وقع عليها القبض الصادر عن العقد، فدخلت في حكم العقد، فجاز الفسخ عليها، وإذا حدثت بعد العقد؛ لم يقع عليها العقد، ولا القبض الصادر عنه، فظهر الفرق.

وقياسهم على المنفصلة ضعيف؛ لأن المنفصلة يصح نقل الملك في الأصل دونها، فامتناع الفسخ فيها لم يمنع الفسخ في الأصل، والمتصلة لا يمكن نقل الملك في الأصل دونها، والفسخ متعذر فيها؛ لأن العقد لم يتناولها.

وأما موت الواهب فمانع من الرجوع أيضاً؛ لأن الثابت له مجرد خيار بين أن يرجع، وألا يرجع، ومجرد الخيار يبطل بموت من له الخيار، ولا يورث كخيار الشرط بخلاف العيب؛ لأن المستحق للمشتري في خيار العيب جزء هو مال، وهو الجزء الفائت، والمال يورث، وإذا صار المال ميراثاً ثبت الخيار بناءً عليه، وهنا المستحق مجرد الخيار للواهب، فكان كخيار الشرط.

وأما موت الموهوب له فمانع أيضاً؛ لأنه يزول عن ملكه إلى الورثة؛ لأن حق الواهب في الرجوع لا يمنع الانتقال من ملكه إلى ملك غيره إذا وجد سبب الانتقال، كما لو باع أو وهب من غيره حال حياته، والانتقال عن ملكه في حال الحياة يمنع الرجوع، لأن من شرط صحة فسخ العقد قيام المعقود عليه في ملك العاقد كما في البيع، فكذلك ههنا.

وأما هلاك الموهوب فإنه يمنع الرجوع أيضاً؛ لأن زوال الهبة عن ملك الموهوب له مانع، فهذا أولى؛ لأن العين ثمة باقية، وهنا لا.

وأما خروجه عن ملك الموهوب له فمانع للرجوع؛ كما مرّ بيانه عند موت الموهوب له.

غاية البيان

وأما حصول العوض فمانع أيضاً؛ لما رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أنه قال: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبِّهِ مَا لَمْ يُثْبِتْ مِنْهَا»^(١)، أي: يُعَوِّضُ، ولأن المقصود من الهبة - وهو العوض المالي - [٢٧٧/٦ م] قد حصل، فلا رجوع.

وقال أصحابنا: إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد، وأما إذا عوّضه [٤٧٣/٢ د] بعد العقد؛ لم يسقط الرجوع؛ لأنه غير مُسْتَحَقٍّ عَلَى الْمُؤْهِبِ له، وإنما تبرّع به لِيُسْقَطَ عن نفسه الرجوع، فيكون هبةً مبتدأةً، وليس كذلك إذا شرط في العقد؛ لأنه يُوجِبُ أن يصير حكم العقد حكم البيع، وتعلق به الشفعة، ويرد بالعيب، فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها.

وقالوا أيضاً: يجب أن يُعْتَبَرَ في العوض جميع الشرائط المعتمدة في الهبة من القبض، وعدم الإشاعة؛ لأنه هبة^(٢). كذا في «شرح الأقطع».

وقال في «التحفة»: «فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع، ولا يصير في معنى المعاوضة، لا ابتداءً ولا انتهاءً، وإنما يكون الثاني^(٣) عوضاً عن الأول بالإضافة إليه نصاً، بأن أعطى الواهب شيئاً، وقال: هذا عوض عن هبتك، أو قد نحللتك هذا عن هبتك، أو كافأتك، أو جازيتك، أو أثبتك، أو هذا بدل هبتك، أو مكان هبتك، أو تصدقت بهذا عليك بدلاً من هبتك؛ فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض العوض».

ويكون العوض هبةً تصح بما تصح به الهبة، وتبطل بما تبطل به الهبة، وأما إذا لم يُضَفْ إلى الهبة الأولى؛ تكون هبةً مبتدأةً، ويثبت حق الرجوع في الهبتين

(١) مضي تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدور» للأقطع [٣٩٢/ق].

(٣) في «التحفة»: «وإنما يكون المال الثاني».

قَالَ: أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمَتَاعِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ بِمَوْتِ الْمُوهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، وَإِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ .

قَالَ: أَوْ يَخْرُجَ الْمُوهُوبُ عَنْ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيْطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ ، وَلِأَنَّهُ تَجَدَّدَ الْمِلْكُ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ .

غاية البيان

جميعاً^(١) .

وَأَمَّا التَّغْيِيرُ مِنْ جَنْسٍ إِلَى جَنْسٍ : فَمَنْعٌ مِنَ الرَّجْعِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّغْيِيرُ يَمْنَعُ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ إِذَا وُجِدَ مِنَ الْغَاصِبِ ، فَلِأَنَّ يَقْطَعَ حَقَّ التَّمْلِكِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ .

قَوْلُهُ: (قَالَ: أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمَتَاعِدَيْنِ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢) ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْمُوهُوبُ لَهُ انْتَقَلَتِ الْهَبَةُ إِلَى مِلْكِ الْوَارِثِ ، وَالْإِنْتِقَالُ عَنْ مِلْكِهِ مَانِعٌ لِلرَّجْعِ ، كَمَا إِذَا انْتَقَلَتْ فِي حَالِ الْحَيَاةِ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمِلْكِ ، وَإِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ فَلَيْسَ لَوَارِثِهِ الرَّجْعُ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ قَبْلَ هَذَا .

قَوْلُهُ: (أَوْ يَخْرُجَ الْمُوهُوبُ عَنْ مِلْكِهِ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْمِلْكَيْنِ كَاخْتِلَافِ الْعَيْنِ ؛ بِدَلِيلِ قِصَّةِ بَرِيرَةَ ، وَهِيَ مَا رَوَى صَاحِبُ «السَّنَنِ»: بِإِسْنَادِهِ إِلَى قَتَادَةَ ، عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِلَحْمٍ ، قَالَ: «مَا هَذَا؟» قَالُوا: شَيْءٌ تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ ، قَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ»^(٤) .

(١) ينظر: «اتحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٧/٣] .

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٤] .

(٣) ينظر: المصدر السابق .

(٤) مضمي تخريجه .

قَالَ: فَإِنْ وَهَبَ لِآخِرِ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا، أَوْ بَنَى بِنَاءً، أَوْ دُكَّانًا، أَوْ أَرِيًّا، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ.

غاية البيان

فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ قُلْنَا: كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ الَّتِي وَهَبَهَا؛ فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ الَّذِي أَوْجَبَهُ، وَلِأَنَّ قِيَامَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي مِلْكِ الْعَاقِدِ شَرْطٌ لَصَحَّةِ الْفَسْخِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ وَهَبَ لِآخِرِ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا، أَوْ بَنَى بِنَاءً، أَوْ دُكَّانًا، أَوْ أَرِيًّا^(١))، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ [٢٧٨/٦ م] عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ بَعْدَمَا قَبَضَهَا فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلَةً فَتَنَّبْتُ، أَوْ بَنَى فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا بَيْتًا، قَالَ: لَيْسَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا، وَكَذَلِكَ لَوْ بَنَى أَرِيًّا أَوْ دُكَّانًا، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهِمَا لَمْ يَرْجِعْ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا»^(٢). هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَالْأَصْلُ هُنَا: أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ تَمْنَعُ الرَّجُوعَ عِنْدَنَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بِتَسْلِيْطٍ مِنَ الْوَاهِبِ، فَمَلَكَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ، فَامْتَنَعَ الرَّجُوعُ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِلْكًا الْوَاهِبِ.

فَلَمَّا امْتَنَعَ الرَّجُوعُ فِيهَا؛ امْتَنَعَ فِي الْأَصْلِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْفَصْلَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، ثُمَّ

(١) بِالْمَدِّ فِي أَوَّلِهِ، وَكَثُرَ الرَّاءُ، وَتَشْدِيدُ الْيَاءِ: هُوَ الْعَلْفُ عِنْدَ الْعَامَةِ، وَهُوَ مُرَادُ الْفُقَهَاءِ، وَالْأَرِيُّ فِي اللُّغَةِ: مَجْلِسُ الدَّابَّةِ. يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ فِي تَرْتِيبِ الْمَعْرَبِ» لِلْمُطَرِّزِيِّ [٣٦/١]. وَ«الْبَنَاءُ» شَرْحُ الْهَدَايَةِ لِلْعَيْنِيِّ [١٩٣/١٠].

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [٤٣٦/ص].

وَقَوْلُهُ: وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لِأَنَّ الدُّكَانَ قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الْأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا.

غاية البيان

الشجرة والبناء يُعَدُّ زيادةً في الكلِّ؛ بدليل ازديادِ مالِيَةِ الكلِّ، وكذلك الدُّكَانُ والآريُّ.

قالوا: هذا إذا كان الدكانُ كبيراً يُعَدُّ زيادةً، فأما إذا كان صغيراً لا يُعَدُّ زيادةً؛ فلا يَمْتَنِعُ الرجوعُ، وهذا معنى قوله: (وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا)، ولو كانت الأرضُ عظيمةً لا تُعَدُّ زيادةً في الكلِّ إلَّا في تلك القطعة؛ كان له [٤٧٣/٢] أَنْ يَرْجَعَ فِي غَيْرِهَا. كذا قالوا في «شروح الجامع الصغير».

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصر الكافي»: «ولو كانتِ الهبةُ داراً، أو أرضاً، فبنى فيها بناءً، أو غرسَ فيها غرساً، أو كانت جاريةً صغيرةً، فازدادت خيراً، أو كان غلاماً، فصار رجلاً، فلا رجوعَ له في شيءٍ من ذلك، والبناءُ في بعضِ الأرضِ كالبناءِ في كله؛ وذلك لأن الزيادةَ المتَّصلةَ تَمْنَعُ مِنَ الرجوعِ»^(١).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدين الأَسْبِجَابِيُّ في «شرح الكافي»: «وهذا إذا كانتِ الأرضُ صغيرةً يَرِيدُهَا الْغَرْسُ، فأما إذا كانت كبيرةً وغرسَ في جانبٍ منها؛ يَنْقَطِعُ حَقُّ الرُّجُوعِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ الَّذِي غَرَسَ فِيهِ الْأَشْجَارَ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْقَائِمَةَ بِهِ لَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْبَاقِي، فَيَكُونُ وَضْعُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فِي الْأَرْضِ الصَّغِيرَةِ».

قال: «وإن كانتِ الهبةُ داراً، فانهدم البناءُ كان له أَنْ يَرْجَعَ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْصَانٌ فِي الْهَبَةِ، وَالنَّقْصَانُ لَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعَ، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَهْلَكَ بَعْضَ الْهَبَةِ بَيَّعَ أَوْ غَيْرَهُ؛ يَنْقَطِعُ حَقُّ الرُّجُوعِ فِي الْمُسْتَهْلَكِ، وَيَبْقَى فِي الْقَائِمِ؛ لِمَا بَيَّنَّا».

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٧٧/ق].

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ؛ رَجَعَ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ يَقْدِرُ الْمَانِعِ وَإِنْ لَمْ يَبْعَ شَيْئًا مِنْهَا لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِي نِصْفِهَا؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا بِالطَّرِيقِ الْأُولَى.

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ:

غَايَةُ الْبَيَانِ

قَالَ: «وَإِنْ كَانَتِ الْهِبَةُ ثَوْبًا، فَصَبَّغَهُ أَصْفَرَ، أَوْ أَحْمَرَ، أَوْ خَاطَهُ؛ انْقَطَعَ حَقُّ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، وَإِنْ قَطَعَهُ، وَلَمْ يَخْطُطْهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ يُوجِبُ نَقْصَانًا فِي الثَّوْبِ، وَالنَّقْصَانُ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ».

وَقَالَ أَيْضًا فِي «الْكَافِي»: «رَجُلٌ وَهَبَ لِرَجُلٍ أَرْضًا، فَبْنَى فِيهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ بِنَاءً، ثُمَّ أَرَادَ الْوَاهِبُ الرُّجُوعَ، فَخَاصَمَهُ إِلَى الْقَاضِي، فَقَالَ لَهُ الْقَاضِي: لَيْسَ لَكَ أَنْ تَرْجَعَ فِيهَا، ثُمَّ هَدَمَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ؛ كَانَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا»^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ [٦/٢٧٨ ط/م]: «يُرِيدُ بِهِ: أَنْ قَوْلَ الْقَاضِي لَمْ يَقَعْ قَضَاءً حَتَّى لَا يُنْقَضَ، وَإِنَّمَا وَقَعَ فَتَوَى؛ بِنَاءً عَلَى مَانِعٍ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ تَغَيَّرَ الْحُكْمُ».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ؛ رَجَعَ فِي الْبَاقِي)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢)، يَعْنِي: إِذَا بَاعَ الْمَوْهُوبُ لَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ الَّتِي هِيَ هِبَةٌ غَيْرَ مَقْسُومٍ؛ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهَا بِقِيٍّ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الرُّجُوعِ وَجَدَ فِي الْبَعْضِ، فَيَمْتَنِعُ بِقَدْرِهِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْعَ شَيْئًا مِنْهَا أَصْلًا؛ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي النِّصْفِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ حَقُّ الرُّجُوعِ فِي الْكُلِّ؛ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي الْبَعْضِ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا)، أَي: قَالَ

(١) ينظر: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٧٤].

(٢) ينظر: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» / مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص/٤٣٦].

«إِذَا كَانَتْ الْهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا» ؛ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا صَلَةَ الرَّجِمِ وَقَدْ حَصَلَ ، وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا نَصْدَهُ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى هَذَا الْمَقْصُودِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، حَتَّى لَوْ رَوَّجَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَلَوْ أَبَانَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ .

غاية البيان

تَقْدِيرِي فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١) .

وَالْأَصْلُ فِيهِ : مَا رَوَيْنَا قَبْلَ هَذَا عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه قَالَ : «وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمِهِ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا»^(٢) ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ ، وَهُوَ صَلَةُ الرَّجِمِ ، فَلَا رَجُوعَ ، وَفِي هِبَةِ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ وَتَمَسَّكَ بِالْحَدِيثِ ، وَجَوَابُهُ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) .

قَوْلُهُ : (وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣) ، أَي : لَا رَجُوعَ فِيمَا وَهَبَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ ؛ لِمَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ فِي كِتَابِ «الْآثَارِ» قَالَ : «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ الْقَرَابَةِ ، أَيُّهُمَا وَهَبَ لِصَاحِبِهِ ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ»^(٤) ، وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا وَصْلَةٌ يَجِبُ اسْتِدَامَتُهَا ، فَتَنُغُ الْهِبَةُ ، لَا اسْتِدَامَةُ الْوَصْلَةِ ، كَالْهِبَةِ مِنَ الْقَرِيبِ ، فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الرُّجُوعِ فِيهَا .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدين الأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» : «وعن إبراهيم في الرَّجُلِ يَهَبُ لِمَرْأَتِهِ ، أَوْ لِبَعْضِ وَلَدِهِ ، وَقَدْ أَدْرَكَ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ : أَنْ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا أَعْلَمَهُ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ ، وَلَا نَقُولُ بِهِ ، بَلْ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ .

وَعِنْدَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى : إِذَا كَانَ الْإِبْنُ الْكَبِيرُ فِي عِيَالِهِ ؛ صَارَ إِعْلَامُهُ بِمَنْزِلَةِ

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٢٥] .

(٢) مضمي تخريجه .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٢٥] .

(٤) مضمي تخريجه .

قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ: خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ، أَوْ بَدَلًا عَنْهَا، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا، فَقَبْضُهُ الْوَاهِبُ؛ سَقَطَ الرَّجُوعُ؛ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنَى وَاحِدًا.

غاية البيان

القبض [٢/٤٧٤]، كما لو وهب لابنه الصغير.

ولنا: أن الكبير له يدٌ على ماله ونفسه، فما لم يَقَعْ في يده لا يُعَدُّ قابضًا، والقبضُ شَرْطٌ في الهبة بالحديث، بخلاف يد الصغير؛ لأن يده قاصرة، فأقام الشَّرْعُ يد الأب مقام يده، فاكْتَفِيَ بالإعلام ثَمَّة لا ههنا، وكذلك الزوجة يُشْتَرَطُ قَبْضُهَا؛ لأن لها يدًا معتبرة.

وقال في «شرح الكافي»: «رَجُلٌ وَهَبَ لَامْرَأَةٍ هِبَةً، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا؛ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ مَجَازَاةً وَلَا صِلَةً حَالَةَ الْهِبَةِ، وَإِنْ وَهَبَ لَهَا هِبَةً، ثُمَّ أَبَانَهَا؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِهَذِهِ الْهِبَةِ، وَهُوَ تَحْقِيقُ الصِّلَةِ حَالَ وَقْعِهَا، فَبَطَلَ حَقُّ الرَّجُوعِ».

قوله: (قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ: خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ، أَوْ بَدَلًا عَنْهَا، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا، فَقَبْضُهُ الْوَاهِبُ؛ سَقَطَ الرَّجُوعُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(١).

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «وَإِذَا وَهَبَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ شَيْئًا، فَعِوَضُ الْمُؤْهُوبِ لَهُ مِنْ هِبَتِهِ، فَقَالَ: هَذَا عِوَضٌ مِنْ هِبَتِكَ، أَوْ قَالَ: نَحَلْتُكَ [١/٢٧٩] هَذَا عَنْ هِبَتِكَ، أَوْ كَفَأْتُكَ، أَوْ جَازَيْتُكَ، أَوْ أَتَيْتُكَ، أَوْ هَذَا بَدَلُ هِبَتِكَ، أَوْ مَكَانَ هِبَتِكَ».

أَوْ قَالَ: تَصَدَّقْتُ عَلَيْكَ بِهَذَا بَدَلًا مِنْ هِبَتِكَ، أَوْ أَنْحَلُهُ، أَوْ أَعْمَرُهُ، فَقَالَ:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمُؤْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، فَقَبْضُ الْوَاهِبِ الْعَوَضِ؛
بَطْلُ الرَّجُوعِ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ لِإِسْقَاطِ الْحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخُلْعِ
وَالصُّلْحِ.

غاية البيان

هذا عَوَضٌ مِنْ هِبَتِكَ، فَإِنْ هَذَا عَوَضٌ فِي هَذِهِ الْوَجْهِ كُلِّهَا إِذَا سَلَّمَهُ الْعَوَضَ وَقَبْضَ
صَحَّ، وَالْعَوَضُ هِبَةٌ يَصِحُّ بِمَا تَصَحُّ بِهِ الْهِبَةُ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ الْهِبَةُ عِنْدَ
أَصْحَابِنَا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته.

وذلك لأن هذه الألفاظ كلها تدلُّ على المكافأة، فحصل مقصود الواهِبِ،
فانقطع الرجوع، وكذلك لا يَجُوزُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَوَضِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ
لَهُ مَقْصُودُهُ مِنَ الْعَوَضِ، وَهُوَ تَأَكُّدُ مِلْكِهِ فِي الْهِبَةِ بِسُقُوطِ حَقِّ الرَّجُوعِ لِلْوَاهِبِ،
فَكَمَا لَمْ يَجْزُ رَجُوعُ الْوَاهِبِ بَعْدَ حَصُولِ مَقْصُودِهِ مِنَ الْهِبَةِ؛ لَمْ يَجْزُ رَجُوعُ
الْمَوْهُوبِ لَهُ أَيْضًا بَعْدَ حَصُولِ مَقْصُودِهِ مِنَ الْعَوَضِ.

قوله: (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمُؤْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، فَقَبْضُ الْوَاهِبِ الْعَوَضِ؛
بَطْلُ الرَّجُوعِ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «لَوْ عَوَّضَ رَجُلٌ أَجْنَبِيٌّ عَنِ
الْمَوْهُوبِ لَهُ الْوَاهِبَ عَنْ هِبَتِهِ، وَقَبْضَ الْعَوَضِ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي
هِبَتِهِ، سِوَاءَ عَوَّضَهُ بِأَمْرِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَلَا لِلْمُعَوَّضِ أَيْضًا أَنْ يَرْجِعَ
فِي الْعَوَضِ عَلَى الْوَاهِبِ، وَلَا عَلَى الْمَوْهُوبِ»^(٣).

وقال شمس الأئمة البيهقي في «الكفاية»: «وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَوْهُوبِ [لَهُ]»^(٤)،

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٦].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٦].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

غاية البيان

إلا إذا قال: عَوَّضَ عني على أني ضامنٌ».

اعلم: أن الأجنبيَّ إذا عَوَّضَ وقَبَضَ الواهبُ ؛ لا يَصِحُّ الرجوعُ أصلاً .

أمَّا رجوعُ الواهبِ: فلأنه حَصَلَ مقصوده، ولأن العَوَّضَ لإسقاطِ الحقِّ، فصَحَّ اشتراطُه على الأجنبيِّ، كبَدَلِ الخُلْعِ والصُّلْحِ عن إنكارٍ، والصُّلْحِ عن عيبٍ في المَبِيعِ .

وأمَّا رجوعُ المُعَوَّضِ على شريكه، أو على المَوْهُوبِ له ؛ فلأنه متَبَرِّعٌ بإسقاطِ الحقِّ، إلا إذا قال شريكه: على أني ضامنٌ^(١).

أمَّا إذا كان بغيرِ إذنه فظاهرٌ، وكذلك إذا كان بإذنه ؛ لأن التَّعْوِيضَ ليس بواجبٍ عليه ؛ لأنه مُحَرَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَوِّضَهُ^(٢)، وبينَ أَنْ يَرُدَّ الهِبَةَ عليه، فصار كما لو أمره بالتبرُّع على إنسانٍ فتَبَرَّعَ ؛ لم يَكُنْ له حقُّ الرجوعِ عليه، كذلك ههنا، بخلافِ ما إذا أمره بقضاءِ الدَّيْنِ ؛ لأن قضاءَ الدَّيْنِ واجبٌ عليه، فإذا خَلَّصَهُ عن هذه العَهْدَةِ بأمره ؛ ثَبَتَ له حقُّ الرجوعِ .

والفقه فيه: أنه لَمَّا أمره بقضاءِ الدَّيْنِ صار مُسْتَقَرِّضاً ذلك القدرَ منه، مُوَكَّلًا إيَّاه بالصَرْفِ إلى غيره ؛ لأنَّا لو لم نَجْعَلْهُ كذلك ؛ لم يُتَصَوَّرْ فَرَاغُ ذِمَّتِهِ مما عليه ؛ لأن الذِّمَّةَ لا تَفْرُغُ إلا بالقضاءِ، ولا يَقَعُ الفعلُ قضاءً [٧٤/٢] إلا إذا انتَقَلَ في المؤدَّى إلى مَنْ عليه الدَّيْنُ أوَّلًا، حتى إذا قبَضَ ربُّ الدَّيْنِ وَجَبَ للمديونِ عليه مثلُ ما له عليه فيلتقيانِ قِصَاصًا، وهذا لا يُحْتَاجُ إليه في الهِبَةِ ؛ لأنه لا دَيْنَ على

(١) يعني: إذا وهبَ شيئاً لائنين فعَوَّضَهُ أحدهما، ليس له أن يَرْجِعَ على شريكه بما عَوَّضَهُ غيره، إلا

إذا قال شريكه: عَوَّضَ عني على أني ضامنٌ. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) لأنه متبرع. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهَبَةِ ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ .

وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَوَضِ لَمْ [د/١١١] يَرْجِعْ فِي الْهَبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعْ .

غاية البيان

المَوْهُوبُ لَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى فَرَاغِ ذِمَّتِهِ بِتَقْدِيرِ الْاسْتِقْرَاضِ ، فَافْتَرَقَا مِنْ هَذَا [الوجه] (١) .

[٦/٢٧٩ ظ/م] والحاصل : أن تعويضَ الأجنبيِّ على ثلاثة أوجهٍ : فإن لم يكنْ بأمرٍ ، أو كان بأمرٍ ولكن لم يوجدْ شرطُ الضَّمانِ : فلا رجوعَ ، وإن كان بأمرٍ ووجدَ شرطُ الضَّمانِ : ثبتَ له الرجوعُ على المَوْهُوبِ له ، كما في الأمرِ بهبةٍ مبتدأةٍ إذا وُجدَ شرطُ الضَّمانِ .

قوله : (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهَبَةِ ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوَضِ) ، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره» ، وتماثُه فيه : «وإن استحقَّ نصفَ العَوَضِ لم يَرْجِعْ بنِصْفِ الْهَبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوَضِ ، فحينئذٍ يَرْجِعُ» (٢) .

اعلم : أن الاستحقاقَ إمَّا إن وقعَ على الهبةِ ، أو على العَوَضِ ، وكلُّ وجهٍ على وجهين : إمَّا إن وقعَ على الجميعِ ، أو على النصفِ ، فإن استحقَّ جميعَ العَوَضِ ؛ كان للوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فيما وهَبَ ؛ لأن الهبةَ بقيتْ بلا عَوَضٍ ، فصار كأنْ لم يكنْ عَوَضُهُ أصلاً ، وإن استحقَّ جميعَ الهبةِ ؛ كان للمَوْهُوبِ له أَنْ يَرْجِعَ بجميعِ العَوَضِ ؛ لعدمِ سلامةِ مقصوده مِنَ الْعَوَضِ ، وهو تأكُّدُ ملكِه في الهبةِ ، هذا إذا كان بدلُ المُسْتَحَقِّ قائماً .

فإن كان هالِكاً يَفْتَرِقُ الجوابُ بينَ استحقاقِ العَوَضِ والهبةِ ، فإن استحقَّ

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥] .

وَقَالَ زُفَرٌ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ ؛ اِعْتِبَارًا بِالْعَوَضِ الْآخِرِ .

وَلَنَا: أَنَّهُ يَصْلُحُ عَوَضًا لِلْكُلِّ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ ، إِذْ بِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عَوَضَ إِلَّا هُوَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرَّجُوعِ إِلَّا لِيُسَلِّمَ لَهُ كُلَّ الْعَوَضِ وَلَمْ يُسَلِّمَ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ .

غاية البيان

الْعَوَضُ وَالْهَبَةُ هَالِكَةٌ ؛ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَصْلًا ؛ لِأَن هَلَاكَ الْهَبَةِ مانعٌ من الرجوع ، وإن استحقَّ الهبة والعوض هالكٌ ؛ يَرْجِعُ عَلَى الْوَائِبِ بِقِيَمَةِ الْعَوَضِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ ، وَبِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ مَقْصُودَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَهُوَ تَأْكُذُّ مِلْكِهِ فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ حِينَ عَوَّضَهُ: هَذَا عَوَضُ هَبَتِكَ ، أَوْ بَدْلُ هَبَتِكَ ، فَصَارَ كَالوَائِبِ إِذَا نَصَّ عَلَى الْعَوَضِ حَالَةَ الْهَبَةِ . إِلَى هَذَا أَشَارَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَُوَاهِرُ زَادَهُ ، وَفِي تَقْرِيرِهِ بَسْطٌ .

فَأَمَّا إِذَا اسْتُحِقَّ النِّصْفُ مِنْ أَحَدِهِمَا: فَإِنْ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ ؛ كَانَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَائِبِ بِنِصْفِ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ مَقْصُودَهُ مِنَ الْعَوَضِ فِي هَذَا الْقَدْرِ ، وَهَذَا بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا .

فَأَمَّا إِذَا اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْعَوَضِ مِنْ يَدِ الْوَائِبِ فَفِيهِ اخْتِلَافٌ ، قَالَ عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ الْوَائِبُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ رَدَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوَضِ ، وَرَجَعَ بِجَمِيعِ الْهَبَةِ ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ مَا بَقِيَ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ بِشَيْءٍ .

وَقَالَ زُفَرٌ: يَرْجِعُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ بِنِصْفِ الْهَبَةِ ، وَيُمْسِكُ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوَضِ .

وَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ: أَنَّهُ ثَبِتَ بِالتَّعْوِيزِ مُعَاوَضَةً بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْعَوَضِ ، ثُمَّ إِذَا اسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنَ الْهَبَةِ ؛ يَرْجِعُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنَ الْعَوَضِ عَلَى الْوَائِبِ ، فَكَذَا إِذَا اسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنَ الْعَوَضِ يَنْبَغِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنَ

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا؛ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوَّضْهُ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ.

غاية البيان

العِوَضُ المشروط رجوع بما في مقابلته، فكذاك هنا.

ولنا: أنه لما ظهر الاستحقاق في بعض العِوَضِ، تبيّن أن العِوَضَ لم يَكُنْ إِلَّا هذا القدر، وقليل العِوَضِ وكثيره سواء؛ لأن المُمَاثِلَةَ والمُجَانِسَةَ بين العِوَضِ والهَبَةِ ليست [٢٨٠/٦ م] بشرط، فصار كأن العِوَضَ لم يَكُنْ إِلَّا هذا القدر من الابتداء، فلا يَرْجَعُ بشيء في مقابلة المُسْتَحَقِّ إِلَّا أن للوَاهِبِ الخيار في أن يَرُدَّ الباقي، ويرجع في الهبة؛ لأن المؤهوب له غره حين عَوَّضَهُ لإسقاط الرجوع بشيء لم يَسَلِّمْ له.

وليس كذلك إذا اسْتُحِقَّ جزءٌ من الهبة، حيث يَرْجَعُ بقدر ذلك من العِوَضِ؛ لأنه إنما أعطاه ذلك لِيَسَلِّمْ له جميع الهبة، ولم يَسَلِّمْ، فيَرْجَعُ بقدر الفائت، ولا يَلْزَمُ علينا إذا شُرِطَ العِوَضُ في العقد؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما ملك بمقابلة الآخر، فلا جرم يُوجِبُ استحقاق جزءٍ من أحدهما الرجوع [٤٧٥/٢ و] بعَوَّضِهِ.

قوله: (قال: وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا؛ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوَّضْهُ)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوب عن أبي حنيفة: [في] ^(١) رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ دَارًا وَقَبَضَهَا الْمُؤَهَّبُ لَهُ، فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ، فَأَرَادَ الْوَاهِبُ أَنْ يَرْجَعَ فِي نِصْفِ الدَّارِ الَّذِي لَمْ يُعَوَّضْ مِنْهُ، قَالَ: لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِي ذَلِكَ» ^(٢). إلى هنا لفظ محمد في أصل «الجامع الصغير»، وذلك لأن الرجوع ثابت للوَاهِبِ في كُلِّ جزءٍ من أجزاء المؤهوب، وإنما المانع منه العِوَضُ، فإذا وُجِدَ المانع في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٥].

قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ
بَيْنَ الْعُلَمَاءِ،

﴿ غاية البيان ﴾

الْبَعْضِ؛ سَقَطَ الرُّجُوعُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ، كَمَا لَوْ وَهَبَ عَبْدَيْنِ فَعَوَّضَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا.
قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ)، أَي: قَالَ
الْقُدُّورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح مختصر الكافي»: «وليس
لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ عِنْدَ غَيْرِ قَاضٍ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ بِتَرَاضِيهِمَا، فَلَا يَنْقَرِدُ
بِالْفَسْخِ لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِلْقَاضِي، فَإِذَا فُسِّخَ [القاضي]^(٢)
انْفَسَخَ، إِلَّا أَنْ يَتَرَاضِيَ عَلَى الْفَسْخِ، فَيَلْزَمُهُمَا بِتَرَاضِيهِمَا.

وَأِنْ كَانَتِ الْهِبَةُ عَبْدًا، فَبَاعَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ، أَوْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي
لِلْوَاهِبِ جَازَ مَا صَنَعَ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ لَهُ، فَتَسَلَّطَ بِهِ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَا
يَجُوزُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إِنْ فَعَلَهُ بَعْدَ مَا قَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ بِالرَّدِّ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ
قَدْ انْفَسَخَتْ بِفَسْخِ الْقَاضِي، فَزَالَ الْمِلْكُ عَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ إِلَى الْوَاهِبِ، فَلَمْ يَنْقُذْ
تَصَرُّفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَأِنْ مَاتَ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ بَعْدَ مَا قَضَى الْقَاضِي بِنَقْضِ الْهِبَةِ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لَمْ
يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ يَدًا مُضْمَنَةً، وَلَمْ يُحْدِثْ مَعْنَى تَصْيِيرُ بِهِ الْيَدُ يَدَ ضَمَانٍ،
حَتَّى لَوْ مَنَعَهُ مِنَ الْقَبْضِ فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ؛ قُلْنَا بِوُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ
شَيْخِ الْإِسْلَامِ الْمَذْكُورِ.

اعلم: أن [٢٨٠/٦ م] الرجل إذا وهب لغير ذي محرم منه؛ كان له أن يرجع

(١) ينظر: «مختصر القُدُّورِيِّ» [ص/١٢٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

غاية البيان

فيها ما دامت الهبة قائمة بعينها في ملك المؤهب له ، ولم تزد خيراً ، ولم يُعَوَّضه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، وإذا ثبت له حق الرجوع ؛ فلا يصح رجوعه إلا بقضاء أو تراضٍ ، ولكن ما المعنى في ذلك ؟ تكلم المشايخ فيه .

وجملة الكلام فيه : ما قال شيخ الإسلام [أبو بكر] ^(١) المعروف بخواهر زاده في «مبسوطه» فقال : «من مشايخنا من قال : إنما لم يكن للواهب أن يرجع من غير قضاء ، ولا رضا من المؤهب له ؛ لأن رجوع الواهب في الهبة مختلف فيه ، عندنا يرجع .

وعند الشافعي رحمه الله : لا يرجع ، فضعف حقه في الرجوع بسبب الاختلاف ، فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه - وهو الفسخ - ما لم ينضم إليه قرينة له أثر في إيجاب الفسخ ليتقوى به ، فيفيد حكمه ؛ كالهبة لما ضعف بسبب التبرع ، لم يفد حكمه ، وهو إيجاب الملك ، ما لم ينضم إليها قرينة له أثر في إيجاب الملك ، حتى يتقوى [به] ^(٢) ، وهو القبض ، فكذاك هذا .

ولكن قالوا : هذا يشكل بالأمة إذا كانت تحت حر فعتقت ؛ كان لها أن تختار نفسها من غير قضاء ، ولا رضا ، وقد اختلفوا في ثبوت الخيار لها في هذه الحالة ، فإن عندنا لها الخيار . وعند الشافعي : لا خيار لها ^(٣) . ثم لم يحتج هذا الخيار إلى قرينة أخرى ليعمل هذا الخيار عمله في إيجاب الفسخ على قولنا .

وكذلك إذا تصدق على فقير ، فقبل التسليم إليه إذا رجع صح رجوعه من

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٣) ينظر : «الأم» للشافعي [٣٧١/٨] ، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٧٤/٥] . و«روضة

الطالبين» للنووي [١٩٢/٧] .

غاية البيان

غير قضاء، ولا رضا على قول [مَنْ يَقُولُ] ^(١) بثبوت حق الرجوع له، وثبوت حق الرجوع في هذه الحالة مختلف فيه، وهذا لأن القضاء في الْمُجْتَهِدِ إنما يُشْتَرَطُ لِيُثَبَّتَ بالاتِّفَاقِ، لا لِيُثَبَّتَ حُكْمُهُ على قول [٢/٧٥٠هـ] مَنْ يَقُولُ بِصَحَّتِهِ.

وَمِنْ مَشَايِخُنَا مَنْ قَالَ: إِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ لَهُ مَلَكُ الْهَبَةِ بِالْقَبْضِ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا، وَالْمِلْكُ مَتَى ثَبَتَ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا، وَثَبَتَ لِلْآخِرِ حَقُّ الْفَسْخِ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ؛ لَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا، كَمَا فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَنْ لَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، حَيْثُ يَنْفَرِدُ بِالْفَسْخِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَإِنْ مَلَكَ بِالْقَبْضِ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا؛ لَأَنَّا احْتَرَزْنَا عَنْهُ بِقَوْلِنَا: وَثَبَتَ لِلْآخِرِ حَقُّ الْفَسْخِ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ مَا ثَبَتَ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ وَإِنْ مَلَكَ بِالْقَبْضِ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا، لَأَنَّا احْتَرَزْنَا ^(٢) عَنْهُ بِقَوْلِنَا: وَثَبَتَ لِلْآخِرِ حَقُّ الْفَسْخِ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ؛ بِدَلِيلِ [١/٢٨١هـ] أَنَّهُ كَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ وَإِنْ سَلِمَ لَهُ جَمِيعُ الْمَقَاصِدِ مِنْ سَلَامَةِ الْمَبِيعِ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ يَنْفَرِدُ بِالْفَسْخِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ هَذَا الْخِيَارُ؛ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ مَعَ سَلَامَةِ جَمِيعِ الْمَقَاصِدِ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ.

فَأَمَّا حَقُّ الرُّجُوعِ لِلْوَاهِبِ: فَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ هَذَا الْعَقْدِ، وَهُوَ الْعَوَضُ بَعْدَ مَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ خِيَارِ الْعَيْبِ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بَأَنَّ الْوَاهِبَ فِي الرُّجُوعِ مُسْتَوْفٍ بِدَلِّ حَقِّهِ بَعْدَ وَقُوعِ الْمِلْكِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «أخبرنا». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ

غاية البيان

يُنْمُوهُوبٌ لَهُ رَقَبَةٌ وَتَصَرُّفًا لَا عَيْنَ حَقِّهِ ، وَاسْتِيفَاءً بِدَلِّ الْحَقِّ مِنْ حَيْثُ الْفَسْخُ بَعْدَمَا تَمَّ الْمِلْكُ لِلْعَاقِدِ رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا ، لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَضَاءٍ ، أَوْ رِضًا كَمَا فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ .

وإنما قلنا : إنه مستوفٍ بدَلِ حَقِّهِ ؛ لأنَّ حَقَّ الْوَاهِبِ فِي الْعَوْضِ ، إِلَّا أَنْ الشَّرْعَ نَقَلَ حَقَّهُ مِنَ الْعَوْضِ إِلَى الْفَسْخِ مَتَى لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعَوْضُ مِنْ جِهَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، حَتَّى يَصِلَ إِلَى رَأْسِ مَالِهِ ، كَمَا جَعَلَ لِلْمُشْتَرِي حَقَّ الْفَسْخِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ مَتَى لَمْ يَحْصُلْ لَهُ مَقْصُودُهُ ، وَهُوَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ عَنِ الْعَيْبِ ؛ لِيَصِلَ إِلَى رَأْسِ مَالِهِ ، فَكَانَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ مُسْتَوْفِيًا بِدَلِّ حَقِّهِ ، لَا عَيْنَ حَقِّهِ ، فَكَذَلِكَ الْوَاهِبُ .

وَاسْتِيفَاءً بِدَلِّ الْحَقِّ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِقَضَاءٍ ، أَوْ رِضًا ؛ كصاحب الدين إذا أراد أَنْ يَأْخُذَ دَيْنَهُ مِنْ جَنْسٍ آخَرَ مِنْ مَالِ الْمَدْيُونِ ؛ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِقَضَاءٍ أَوْ رِضًا ، فَكَذَلِكَ هَذَا ، بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ ، فَإِنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ يَنْفَرِدُ بِالْفَسْخِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا ؛ لِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ مُسْتَوْفٍ عَيْنَ حَقِّهِ لَا بِدَلِّ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّبَتْ هَذَا الْخِيَارُ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ يَتَّبَتْ لَهُ الْخِيَارُ مَعَ سَلَامَةِ جَمِيعِ الْمَقَاصِدِ .

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا بَدَلًا عَنْ فَوَاتِ مَقْصُودٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعَقْدِ ؛ كَانَ الْفَسْخُ اسْتِيفَاءً عَيْنِ الْحَقِّ ، لَا بِدَلِّ الْحَقِّ ، وَاسْتِيفَاءً عَيْنِ الْحَقِّ صَحِيحٌ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا ؛ كصاحب الدين إذا استوفى جَنْسَ حَقِّهِ مِنَ الدَّيْنِ ؛ يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا ، وَالْبَاقِي يُعْلَمُ فِي «مَبْسُوطِ خَوَاهِرِ زَادِهِ» .

قَوْلُهُ : (وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ) ، هَكَذَا وَقَعَ اسْتِعْمَالُ الْفُقَهَاءِ ، وَلَكِنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ .

قَالَ صَاحِبُ «الْمَغْرَبِ» : «الْوَهَاءُ : بِالْمَدِّ خَطَأٌ ، وَالصَّوَابُ : الْوَهْيُ» ^(١) .

وَالضَّمِيرُ فِي (أَصْلِهِ) ، رَاجِعٌ إِلَى الرَّجُوعِ .

(١) ينظر : «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٣٧٥/٢] .

وَفِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْفَضْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالْقَضَاءِ،
 حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْهَبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ نَقَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ؛
 لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ الْقَبْضِ غَيْرُ
 مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى، فَإِذَا رَجَعَ
 بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ حَتَّى لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الْوَاهِبِ
 وَيَصَحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الْفُسْخِ، فَكَانَ بِالْفُسْخِ
 مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيُظْهِرُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ؛

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (وَفِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ)، يَعْنِي: إِنْ كَانَ مَقْصُودُ الْوَاهِبِ
 مِنَ الْهَبَةِ التَّوَدُّدُ وَالتَّحَبُّبُ؛ فَلَا رَجُوعَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَإِنْ كَانَ مَقْصُودُهُ الْعِوَضَ
 [٢٨١/٦ ظ/م] الْمَالِيَّ فَلَا رَجُوعَ لِعَدَمِ الْمَقْصُودِ، وَفِي الْحُصُولِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ
 الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا.

قَوْلُهُ: (فَيُظْهِرُ)، أَيُّ: الْفُسْخِ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ)، يَتَّصِلُ بِقَوْلِهِ: (فَإِذَا رَجَعَ بِالْقَضَاءِ، أَوْ
 بِالتَّرَاضِي؛ يَكُونُ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ)، يَعْنِي: أَنَّ الرَّجُوعَ فُسْخٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَالرَّدُّ
 [٤٧٦/٢ د] بِالْعَيْبِ لَيْسَ بِفُسْخٍ مِنَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي فِي سَلَامَةِ الْمَبِيعِ،
 فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ فَحِينَئِذٍ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْفُسْخِ.

وَفَائِدَتُهُ: أَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا رُدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ بِقَضَاءٍ قَاضٍ يَرُدُّ الْبَائِعَ عَلَى بَائِعِهِ، وَإِنْ
 كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ لَا يَرُدُّ عَلَى بَائِعِهِ.

وَفِي الْهَبَةِ إِذَا رُدَّ عَلَى الْوَاهِبِ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ يَرُدُّ الْوَاهِبُ بِالْعَيْبِ
 عَلَى بَائِعِهِ، أَلَّا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ
 مِنْ «مُخْتَصَرِهِ» فِي بَابِ مَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِالْأَرْشِ: «وَإِذَا أَخْرَجَ الْمُشْتَرِي السَّلْعَةَ

غاية البيان

من ملكه ، ثم فسخ الملك فيه بعيب بقضاء قاضي ، أو بغير قضاء قاضي قبل القبض ؛ كان المشتري في ذلك بمنزلة من لم يبيع .

وإن كان بعد القبض كان كذلك إذا كان بقضاء ، ولا يرد إذا كان بغير قضاء ، ولا يرجع بأرض أيضاً ، وإن ردت بخيار رؤية أو خيار المشتري قبل القبض ، أو بعد القبض ؛ عاد الأمر إلى المشتري ، كأنه لم يخرج ذلك عن ملكه ، وكذلك إن وهب ذلك ، ثم رجع فيه بقضاء ، أو بغير قضاء ، وهي الرواية المشهورة . إلى هنا نَفْظُ الكَرَحِيِّ ، وذلك لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل في حق الكل ، وبعد القبض إذا كان بغير قضاء فهو فسخ في حقهما ، وعقد جديد في حق ثالث .

والفقه فيه : أن قبل القبض له أن يمتنع من القبض ، فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض ، وولاية الدفع عامة ، فظهر أثره في حق الكل ، ولهذا لا يتوقف على قضاء القاضي .

فأما بعد القبض : فموجب العقد قد تناهى في المقبوض ، إلا أن حقه في صفة السلامة قائم ، فإذا لم يسلم ثبت له حق الفسخ ، فجاء من هذا أن حق الفسخ في باب العيب ما ثبت أصلاً ؛ لأن الصفة تمت وتناهت بالقبض ، وإنما ثبت لغيره وهو استدراك الحق في صفة السلامة .

فإن حصل الفسخ بقضاء القاضي ؛ ظهر أثره في حق الكل ؛ لأنه ثبت بولاية عامة ، وإن كان بتراضيهما ظهر أثر الفسخ في حقهما خاصة ، وهذا بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط ، فإنه يكون فسخاً في حق الكل ؛ لأن حقه في الفسخ ثبت أصلاً ؛ لأن الجهالة بالوصف حال عدم [٢/٢٨٢/٦] الرؤية سلب وصف اللزوم عند العقد ، وأثبت له حق الفسخ ، وكذلك خيار الشرط ، وإذا كان الخيار حقاً له ؛

غاية البيان

كان بالفسخ مستوفياً ما كان حقاً له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ، ولهذا لا يتوقف على قضاء القاضي .

فإذا ثبت هذا نقول : إذا رد قبل القبض ؛ كان له أن يرد على البائع ، فإن كان بعد القبض بقضاء ؛ فهو كذلك ، وبغير قضاء لم يردّه ، ولم يرجع بالتقصان ، وإن رد عليه بخيار رؤية أو شرط ؛ رد على البائع .

وإن وهبها وسلم ، ثم رجع في الهبة بقضاء ، أو بغير قضاء ؛ فله أن يردّها ؛ لأن الرجوع عندنا في الهبة فسخ بكل حال ، فصار كالفسخ بخيار الشرط .

وعند زفر : يختلف الحكم بالقضاء وغير القضاء^(١) . كذا في «الإيضاح» وغيره .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني في «شرح الكافي» : «رجل وهب لرجل هبة ، وقبضها الموهوب له ، ثم وهبها الموهوب له لآخر ، وسلمها إليه ، ثم رجع فيها ، أو ردّها عليه الآخر ؛ فللواهب الأول أن يرجع فيها ، وقال زفر : إن كان الرجوع بقضاء القاضي ؛ كان للأول أن يرجع فيها ، وإن كان بغير قضاء لم يكن له حق الرجوع» .

وقال شيخ الإسلام [المعروف]^(٢) بخواهر زاده : «وكذلك إن كان الواهب اشترى من غيره ورجع فيها برضا الموهوب ، ثم وجد به عيباً ؛ كان عند البائع ، فإنه يرد على [٤٧٦/٢] بائعه عندنا . وعند زفر : لا يرد» .

وجه قول زفر : أن الرجوع في الهبة فسخ يتوقف على القضاء أو الرضا ، فيعتبر عقداً جديداً في حق الثالث ، كما في الرد بخيار العيب ، بخلاف الرد بخيار

(١) ينظر : «الإيضاح» للكرماني [٢٠٦/ق] .

(٢) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

لَأَنَّ الْحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الْفَسْخِ فَافْتَرَقَا.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

الرُّؤْيَةُ وَخِيَارُ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ فَسَخٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا .
ولنا: أَنَّ الْوَاهِبَ بِالرَّجُوعِ يَسْتَوْفِي بَدَلَ حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ ، وَعَيْنَ حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ .
أَمَّا الْأَوَّلُ : فَباعْتِبَارِ النَّظَرِ إِلَى مَقْصُودِ الْوَاهِبِ مِنْ هِبَتِهِ لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَهُوَ الْعَوَضُ الْمَالِيُّ ، فَصَارَ الْفَسْخُ بَدَلًا عَنْهُ .

وَأَمَّا الثَّانِي : فَلَأَنَّ الْعَوَضَ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِي الْعَقْدِ ، وَلَا هُوَ ثَابِتٌ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ لِلتَّمْلِكِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَكَيْفَ يَقْتَضِي الْعَوَضُ ؟
ولهذا لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمَطَالِبَةُ بِالْعَوَضِ ، فَاعْتَبَرْنَا الْفَسْخَ بَدَلُ الْحَقِّ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ ، لَا عَيْنَ الْحَقِّ ، حَتَّى لَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعَ إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا - كَمَا فِي الرَّدِّ [٢/٢٨٢ ط م] بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ - وَعَيْنَ الْحَقِّ فِي حَقِّ الثَّالِثِ لَا بَدَلُ الْحَقِّ ؛ كَمَا فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ ، عَمَلًا بِالِدَلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ .

وَلَمَّا كَانَ الرَّجُوعُ فَسْخًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ : كَانَ الرَّجُوعُ بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ الْفَسْخُ فِي حَقِّ الثَّالِثِ ، وَإِنَّمَا أَظْهَرْنَا شَبَهَ عَيْنِ الْحَقِّ فِي حَقِّ الثَّالِثِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ ؛ لِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا شَبَهَ الْبَدَلِ فِي حَقِّ الثَّالِثِ - لَكُنَّ الْعَوَضُ حَقُّ الْوَاهِبِ بِاعْتِبَارِ مَقْصُودِهِ ، وَلَا وَقُوفَ لِلثَّالِثِ عَلَى مَقْصُودِهِ - لَكَانَ اعْتِبَارُهُ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ وَاقَفَ عَلَى مَقْصُودِهِ ، فَيَتَعَذَّرُ الْعَمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ حِينَئِذٍ .

فَلَا جَرَمَ أَظْهَرْنَا شَبَهَ الْبَدَلِ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَقْصُودِهِ ، وَشَبَهَ عَيْنِ الْحَقِّ فِي حَقِّ الثَّالِثِ ؛ لِأَنَّ التَّنْصِيبَ لَمْ يَرِدْ عَلَى الْعَوَضِ ، وَذَلِكَ أَمْرٌ ظَاهِرٌ يَقِفُ عَلَيْهِ الثَّالِثُ . إِلَى هَذَا أَشَارَ خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ» ، وَلَكِنْ فِي تَقْرِيرِهِ طَوَّلٌ حَاصِلُهُ هَذَا .

قَوْلُهُ : (فَافْتَرَقَا) ، أَي : افْتَرَقَ الرَّجُوعُ فِي الْهِبَةِ بِالتَّرَاضِي ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ

قَالَ: وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمُوهُوبَةُ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمَّنَ الْمُوهُوبُ لَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةُ، وَهُوَ

غاية البيان

القبض بالتراضي؛ لأن الرجوع فسخ من الأصل، والرد بالعيب ليس بفسخ من الأصل؛ لأن سلامة المبيع هو الأصل، فإذا لم يسلم ثبت حق الفسخ.

قوله: (قَالَ: وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمُوهُوبَةُ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمَّنَ الْمُوهُوبُ لَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ)، أي: قال القُدوري في «مختصره»^(١)، وهذا إذا لم يعوّضه، فإذا كان ثمة عوّض؛ رجع بكلّ العوّض إذا استحقّ جميع الهبة، وبقدّر المستحقّ من الهبة إذا استحقّ البعض، وقد مرّ بيانه.

وإنما لم يكن له الرجوع فيما إذا لم يعوّضه؛ لأن الهبة تبرّع، والضمان يتأفّف، ولأن الرجوع إنما يثبت إذا غرّه، والغرور إنما يثبت في عقد فيه بدل كالبيع، أو قبض يقع للدافع كالوديعة، أو في الأمر بالتصرف في شيء يضيفه إلى نفسه، مثل أن يقول: اهدم هذا الحائط فإنه لي، ولم يوجد شيء من ذلك، فلم يثبت له الرجوع^(٢). كذا في «شرح الأقطع».

وقال الأُستروشي في الفصل السابع من «فصوله»: «والمُستعير إذا هلك العارية في يده، ثم استحقّها رجل بالبيّنة وضمنه قيمتها؛ لا يرجع على المُعير بما ضمن، ولو هلك الدابة في يد المُرتّهن، أو المُودع، أو المُستأجر، ثم استحقّها رجل بالبيّنة، وأخذ القيمة منه؛ كان له أن يرجع [٢٨٣/٦م] على الرّاهن أو المُودع، أو المُؤجر».

ثم قال في «الفصول»: «ورأيت في «مختصر العصام»^(٣): لو وهب ما غصب

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القُدوري» للأقطع [ق/٣٩٤].

(٣) مختصر العصام: هو «مختصر كتاب الأصل / لمحمد بن الحسن الشيباني»، لأبي عَصَمَة عَصَام بن

غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ ، وَالْفُرُورُ فِي ضَمَنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرَّجُوعِ ، لَا فِي غَيْرِهِ .
 قَالَ : وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ ، اُعْتَبِرَ التَّقَابُضُ فِي الْعَوَضَيْنِ ، وَتَبَطَّلَ
 بِالشُّيُوعِ ؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ الْعَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ يُرَدُّ
 بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّوْيَةِ وَيُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً .

غاية البيان

أَوْ بَاعَ أَوْ تَصَدَّقَ أَوْ آجَرَ أَوْ رَهَنَ أَوْ أَوْدَعَ أَوْ أَعَارَ فَهَلَكَ ؛ ضَمِنُوا قِيَمَتَهُ ، وَلَا يَرْجَعُ
 الْمَوْهُوبُ لَهُ ، وَالْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ ، وَالْمُسْتَعِيرُ بِمَا ضَمِنُوا عَلَى الْغَاصِبِ ، وَيَرْجَعُ
 الْمُسْتَأْجَرُ وَالْمُودِعُ وَالْمُرْتَهَنُ بِالْقِيَمَةِ عَلَيْهِ ، وَيَرْجَعُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَيْهِ ، وَلَا
 يَرْجَعُ السَّارِقُ مِنَ الْغَاصِبِ ، وَلَا غَاصِبُ الْغَاصِبِ .

قوله : (وَالْفُرُورُ فِي ضَمَنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرَّجُوعِ ، لَا فِي غَيْرِهِ) ، فِيهِ
 نَظَرٌ^(١) ؛ لِأَنَّ الْمُودَعَ يَرْجَعُ مَعَ أَنْ عَقْدَ الْمُعَاوَضَةِ لَمْ يُوْجَدْ ، وَكَذَا فِي صُورَةِ هَذِهِ
 الْحَائِطِ [٤٧٧/٢] ، وَقَدْ مَرَّ [ذَلِكَ] ^(٢) آنفًا .

قوله : (قَالَ : وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ ؛ اُعْتَبِرَ التَّقَابُضُ فِي الْعَوَضَيْنِ) ، أَيُ :
 قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» . وَتَمَامُهُ فِيهِ : «فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ الْعَقْدُ ، وَصَارَ فِي
 حُكْمِ الْبَيْعِ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ ، وَخِيَارُ الرُّوْيَةِ ، وَيُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ» ^(٣) .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَإِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ عَلَى شَرْطِ
 عَوَضٍ ؛ فَقَالَ : أَهْبُ لَكَ هَذَا الْعَبْدَ عَلَى أَنْ تُعَوِّضَنِي هَذَا الثَّوْبَ ؛ جَازَ ذَلِكَ ، وَلِكُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجَعَ فِي سِلْعَتِهِ مَا لَمْ يُوْجَدْ الْقَبْضُ فِي السِّلْعَتَيْنِ جَمِيعًا .

يوسف بن ميمون بن قدامة البُلْخِيُّ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(١) عُلِقَ عَلَيْهِ الْعَيْنُ بِقَوْلِهِ : لِقَائِلَ أَنْ يَقُولَ : رَجُوعَ الْمُوْدَعِ بِمَا ضَمِنَهُ ، لَكُونِهِ عَامِلًا لِلْمُوْدَعِ لَا لِلْفُرُورِ
 كَمَا ذَكَرْنَاهُ . يَنْظُرُ : «الْبَيَانَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [٢٠٤/١٠] .

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٣) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٢٥] .

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِكُ بِعَوَضٍ، وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتَاقًا.

﴿حَايَةُ الْبَيَانِ﴾

فَإِنْ قَبِضَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَقْبِضِ الْآخَرُ، فَكَذَلِكَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ الْقَابِضُ مِنْهُمَا وَغَيْرُ الْقَابِضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءً، حَتَّى يَتَقَابِضَا جَمِيعًا، فَإِذَا تَقَابِضَا جَمِيعًا؛ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ.

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ، وَيَأْخُذَ مَا أُعْطِيَ، فَإِنْ اسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا رَجْعَ الَّذِي اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا قَبِضَ صَاحِبُهُ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَهْلَكًا ضَمَّنَهُ، وَإِنْ كَانَتِ الْهَبَةُ دَارًا وَالْعَوَضُ دَارًا؛ كَانَ لِلشَّافِعِيِّ الشُّفْعَةُ فِي الدَّارِ بِقِيَمَةِ الْبَدْلِ الَّذِي شَرِطَ عَنْهَا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله.

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ [عَلَاءُ الدِّينِ]^(٢) الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ: «رَجُلٌ وَهَبَ لِرَجُلٍ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعَوِّضَهُ ثَوْبًا، وَاتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ، فَلَمْ يَقْبِضْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا حَتَّى امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ، وَهَذَا عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ بِشَرَطِ التَّعْوِيزِ مُعَاوَضَةً ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً عِنْدَهُ، فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: وَهَبْتُكَ هَذَا بِهَذَا الْعَوَضِ.

وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رحمته الله كَقَوْلِ زُفَرٍ^(٣). كَذَا فِي «شرح الأقطع».

وَيَسْتَبْغِي لَكَ أَنْ تَعْرِفَ: أَنَّ الْخِلَافَ فِيهَا إِذَا وَهَبَ كَذَا عَلَى أَنْ يُعَوِّضَهُ كَذَا، أَمَّا إِذَا وَهَبَ كَذَا بِهَذَا الْعَوَضِ؛ فَهُوَ بَيْعٌ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ [٢٨٣/٦ ظ/م] الْهَبَةَ بِشَرَطِ الْعَوَضِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً بَيْعٌ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٧٦/ق].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٣٩٤/ق].

وَمِنْهُمَا مَنْ يَتَعَقَّدُ بَيْعًا مِنْ الْإِبْتِدَاءِ، حَتَّى يَتَيَسَّرَ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَتَجِبُ شَفَعَةُ. وَلَا يَرْجِعُ وَاحِدُ مَتْنِهِمَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَيَتَيَسَّرُ خِيَارُ الرُّقُوبَةِ وَالتَّوَدُّ بِانْعِيَابِ قَبْلِ قَبْضِ. وَيَجُوزُ فِي مَسَاحٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَعِنْدَنَا لَا يَتَيَسَّرُ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ خَيْرَ قَبْضٍ.

سَهْوَةً أَعْنَى: إِذَا اتَّصَلَ الْقَبْضُ بِالْبَدَلَيْنِ.

وَعِنْدَ زُفَرٍ: يَتَعَقَّدُ بَيْعًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، حَتَّى يَتَيَسَّرَ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَتَجِبُ شَفَعَةُ. وَلَا يَرْجِعُ وَاحِدُ مَتْنِهِمَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَيَتَيَسَّرُ خِيَارُ الرُّقُوبَةِ وَالتَّوَدُّ بِانْعِيَابِ قَبْلَ قَبْضِ. وَيَجُوزُ فِي مَسَاحٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَعِنْدَنَا لَا يَتَيَسَّرُ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ خَيْرَ قَبْضٍ.

وَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ: أَنَّ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ تَبَرُّعٌ لَفْظًا، مُعَاوَضَةٌ مَعْنَى، وَانْجَمَ عَنْ تَبَرُّعٍ وَانْمُعَاوَضَةٍ مُتَعَدِّةٌ لِلتَّنَافِي بَيْنَهُمَا، فَكَانَ اعْتِبَارُ الْمَعْنَى أَوْلَى؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَى، وَلِهَذَا كَانَ الْهَبَةُ الْمُضَافَةُ إِلَى الْحَرَّةِ تَكَاثُرًا اعْتِبَارًا لِمَعْنَى، وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ لَفْظَ التَّبَرُّعِ.

وَكَذَا إِذَا قَالَ: وَهَبْتُكَ مَنَافِعَ دَارِي كُلِّ شَهْرٍ بِدَرَاهِمٍ، أَوْ قَالَ: أَعْرَيْتُكَ دَارِي كُلِّ شَهْرٍ بِدَرَاهِمٍ؛ يَتَعَقَّدُ إِجَارَةٌ عَمَلًا بِالمَعْنَى، وَسَقَطَ اعْتِبَارُ اللَّفْظِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ عَلَى الْعَبْدِ مِنْهُ: كَانَ إِعْتَاقًا لَا بَيْعًا عَمَلًا بِالمَعْنَى.

وَلَنَا: أَنَّ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ لَمَّا كَانَتْ تَبَرُّعًا لَفْظًا مُعَاوَضَةٌ مَعْنَى؛ جَعَلْنَاهَا تَبَرُّعًا إِبْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةً انْتِهَاءً؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا فِي الْحَالَيْنِ مُمَكِّنٌ لَيْسَ بِمُتَعَدِّةٍ؛ كَالْإِقَانَةِ لَمَّا كَانَتْ فَسْخًا لَفْظًا مُعَاوَضَةٌ مَعْنَى؛ جُعِلَتْ فَسْخًا فِي حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ عَقْدًا حَسْبًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا، حَتَّى كَانَ لِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ، فَكَذَا هُنَا يُرَاعَى جَمِيعُ أَحْكَامِ تَبَرُّعٍ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلَيْنِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ، وَيُرَاعَى جَمِيعُ أَحْكَامِ الْبَيْعِ بَعْدَ الْقَبْضِ عَمَلًا بِالمَعْنَى.

بِالتَّعْوِيزِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا ، بِخِلَافِ بَيْعِ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ
اعْتِبَارُ الْبَيْعِ فِيهِ ، إِذْ هُوَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِنَفْسِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

بِخِلَافِ الْهَبَةِ الْمُضَافَةِ إِلَى الْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِاللَّفْظِ لَيْسَ بِمُمْكِنٍ ؛ لِأَنَّ
مَحَلَّ الْهَبَةِ مَالٌ عَيْنٌ ، وَالْحُرَّةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ ، فَكَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ النِّكَاحَ مَجَازًا ،
وَبِخِلَافِ هَبَةِ مَنَافِعِ الدَّارِ [بِكَذَا] ^(١) ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِاللَّفْظِ لَيْسَ بِمُمْكِنٍ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ
الْهَبَةِ مَالٌ عَيْنٌ لَا مَنَافِعَ .

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْعَارِيَةِ فَغَيْرُ مُسَلِّمَةٍ . كَذَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ ؛ لِأَنَّهَا
[٢/٤٧٧ظ] تَتَعَقَّدُ تَبَرُّعًا ابْتِدَاءً ، ثُمَّ تَصِيرُ مُعَاوَضَةً عِنْدَ التَّقَابُضِ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَةَ أُضِيفَتْ
إِلَى مَحَلِّهَا ، فَوَجِبَ اعْتِبَارُ اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى جَمِيعًا ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ ؛
لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْمِلْكِ ، فَاعْتَبِرَ الْمَعْنَى .

هَذَا الَّذِي قُلْنَا مِنْ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعَوَضِ ،
أَمَّا إِذَا كَانَتْ بِغَيْرِ شَرْطِ الْعَوَضِ ، ثُمَّ عَوَّضَ الْمُوْهُوبُ لَهُ فَلَا شُفْعَةَ ؛ لِأَنَّ أَصْلَ
الدَّارِ مُلْكٌ قَبْلَ التَّعْوِيزِ ، وَالْعَوَضُ ثَبَتَ بِهِ تَأْكُذُّ الْمِلْكِ ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ
فِي «الْأَصْلِ» ^(٢) .



(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣/٣٨٢ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

فَصْلٌ

قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا؛ صَحَّتِ الْهَبَةُ وَبَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ الْعَقْدُ، وَالْهَبَةُ لَا تَعْمَلُ فِي الْحَمْلِ

غاية البيان

فَصْلٌ

مسائل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تُذكر في آخرِ الكتُبِ، فلأجلِ هذا [٢٨٤٦/م] ذكرها في آخرِ كتابِ الهبةِ في فصلٍ على حدة.

قوله: (قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا؛ صَحَّتِ الْهَبَةُ وَبَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ)، أي: قال القُدُوريُّ في «مختصره»^(١).

والأصل فيه: أن ما يَجُوزُ إيرادُ العقدِ عليه بانفراذه؛ جاز استثناءؤه، وما لا فلا، ثم الحملُ لا يَجُوزُ هَبَتَهُ لاحتمالٍ فيه، فلم يَجْزِ استثناءؤه، وقد مرَّ الأصلُ في أوَّلِ «كتابِ البيوع» عندَ قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَنْبِي مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً)، ومرَّ في بابِ البيعِ الفاسدِ أيضًا عندَ قوله: (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا؛ فَسَدَ الْبَيْعُ)، فإذا كان كذلك؛ كان الاستثناءُ شرطًا فاسدًا، فبطلَ الشرطُ وصحَّتِ الهبةُ؛ لأنَّ الهبةَ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفاسدةِ؛ بدليلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعْمِرِ وَجَوَّزَ الْهَبَةَ.

وإنما لم تَجْزِ هَبَتُهُ ما في البطنِ؛ لأنَّ محلَّ الهبةِ مالٌ قائمٌ مملوكٌ للواهبِ وَقَتَ العقدِ، وفي قيامِ الولدِ وماليتِه شكٌّ وَقَتَ الهبةِ؛ لاحتمالِ الانتفاخِ مِنَ الرِّيحِ، واحتمالِ كونِ الجنينِ ميتًا، فوقَعَ الشكُّ في الوجودِ والماليتِ، فلا يَكُونُ محلًّا للهبةِ بالشكِّ.

بخلافِ الوصيةِ بما في بطنِ الجاريةِ، أو الخُلْعِ عليه، فإنه يَجُوزُ إذا وَلَدَتْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٢٥].

لِكَوْنِهِ وَضَفًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْبُيُوعِ فَأَنْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا ، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ؛

غاية البيان

لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَعْدُومِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ جَائِزٌ ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يُثْمِرُ نَخِيلَهُ الْعَامَ ، فَفِي الْمَعْدُومِ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ مَا فِي الْبَطْنِ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْمَالِيَّةَ وَقَتَ الْعَقْدِ ، كَمَا إِذَا وَهَبَ مَا يُثْمِرُ نَخِيلَهُ الْعَامَ ، وَالْخُلْعُ يَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمَعْدُومِ ، كَمَا إِذَا قَالَ : خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ ، وَلَيْسَ فِي يَدَيْهِ شَيْءٌ .

وَيَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ أَيْضًا ؛ كَالْمَيْتَةِ وَالْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَقَعُ مَجَانًا ، وَإِذَا جَازَ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمَعْدُومِ ، وَإِلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ ؛ جَازَ إِضَافَتُهُ إِلَى مَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْمَالِيَّةَ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى ، وَالْهَبَةُ لَا تَصَحُّ إِضَافَتُهَا إِلَى مَعْدُومٍ بَيِّقِينَ ، وَإِلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ بَيِّقِينَ ، فَكَذَا إِذَا وَقَعَ الشُّكُّ فِي وُجُودِ الْمَحَلِّ وَمَالِيَّتِهِ وَقَتَ الْعَقْدِ كَالْبَيْعِ .

ثُمَّ لَمَّا فِي الْبَطْنِ فِي الْعَقْدِ عَلَى مَا قَالَ فِي بَابِ الْمَصْرَافَةِ مِنْ «شرح الطحاوي» مراتب ثلاثة ؛ فِي وَجْهِ : الْعَقْدُ فَاسِدٌ ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ فَاسِدٌ ، وَفِي وَجْهِ : الْعَقْدُ جَائِزٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ فَاسِدٌ ، [وَفِي وَجْهِ : الْعَقْدُ جَائِزٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ جَائِزٌ] ^(١) .

أَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي فِيهِ الْعَقْدُ فَاسِدٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ فَاسِدٌ : فَهُوَ الْبَيْعُ ، وَالْإِجَارَةُ ، وَالْكِتَابَةُ ، وَالرَّهْنُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ تُبْطَلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ مَا فِي الْبَطْنِ بِمَنْزِلَةِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ .

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ : فَالْهَبَةُ ، وَالصَّدَقَةُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالْخُلْعُ ، وَالصُّلْحُ مِنْ دَمِ الْعَمْدِ [٢٨٤/٦ م] ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تُبْطَلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ ، فَيَصَحُّ الْعَقْدُ ، وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ ، وَيَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ جَمِيعًا ، وَكَذَلِكَ الْعَتَقُ إِذَا أَعْتَقَ الْجَارِيَةَ وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ صَحَّ الْعَتَقُ ، وَلَمْ يَصَحَّ الْإِسْتِثْنَاءُ .

(١) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا .

غاية البيان

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ كِلَاهُمَا : الْوَصِيَّةُ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ ، وَاسْتَنْثَى مَا فِي بَطْنِهَا ، فَإِنَّهُ يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ [٤٧٨/٢] أَخْتُ الْمِيرَاثِ ، وَقَدْ جَعَلَ الْجَارِيَةَ وَصِيَّةً وَمَا فِي بَطْنِهَا مِيرَاثًا ، وَالْمِيرَاثُ يَجْرِي فِيمَا فِي الْبَطْنِ ، وَلَيْسَ هَذَا كَمَا إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِرَجُلٍ ، وَاسْتَنْثَى خِدْمَتَهَا ، أَوْ غَلَّتْهَا لِلْوَرَثَةِ ؛ فَالْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ وَالْغَلَّةَ لَا يَجْرِي فِيهِمَا الْمِيرَاثُ دُونَ الْأَصْلِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِخِدْمَتِهَا وَغَلَّتْهَا لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ بَعْدَ مَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنَّهُمَا يَعُودَانِ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي ، فَلَا تَكُونُ الْخِدْمَةُ وَالْغَلَّةُ مَوْرُوثَةً عَنِ الْمُوصِي لَهُ ، وَلَوْ أَوْصَى بِمَا فِي بَطْنِ جَارِيَتِهِ لِإِنْسَانٍ - وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا - فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مَوْرُوثًا عَنِ الْمُوصِي لَهُ .

وَإِذَا أَوْصَى بِرَقَبَتِهَا لِإِنْسَانٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ ، فَمَاتَ الْمُوصِي لَهُ بِالْوَلَدِ ؛ عَادَ الْمِلْكُ إِلَى وَارِثِهِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهَا لِإِنْسَانٍ ، وَبِغَلَّتِهَا وَخِدْمَتِهَا لِآخَرَ ، فَمَاتَ الْمُوصِي لَهُ بِالْغَلَّةِ عَادَ الْمِلْكُ إِلَى صَاحِبِ الرَّقَبَةِ دُونَ وَرَثَةِ الْمُوصِي لَهُ بِالْغَلَّةِ وَالْخِدْمَةِ .

وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ الْمُوصِي لَهُ بِالْغَلَّةِ وَالْخِدْمَةِ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ رُدَّ وَصِيَّتُهُ ، وَقَدْ أَوْصَى الْمُوصِي بِرَقَبَتِهَا لِآخَرَ ؛ فَإِنَّ الْغَلَّةَ وَالْخِدْمَةَ تَعُودُ إِلَى الْمُوصِي لَهُ بِالرَّقَبَةِ ، وَلَا تَكُونُ لَوَرَثَةِ الْمُوصِي لَهُ .

وَمِثْلُهُ لَوْ أَنَّ الْمُوصِي لَهُ بِالْوَلَدِ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ رُدَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لَمْ يَعُدَّ إِلَى الْمُوصِي لَهُ بِالرَّقَبَةِ ، وَلَكِنْ يَعُودُ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي ، فَلِذَلِكَ افترقا .

وَلَوْ أَوْقَعَ الْعَقُودَ عَلَى مَا فِي الْبَطْنِ ، أَمَّا عَقْدُ الْبَيْعِ : فَلَا يَجُوزُ ، وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ

•••••
 ٥٥ هاية البيان ٥٥
 •••••

عليه لا يَجُوزُ ، وإنْ قَبِلَتِ الأُمُّ عنه ، وكذلك الهبة والصدقة : لا تَجُوزُ وإنْ سَلَّمَ الأُمُّ إلى المَوْهُوبِ له ، ولو تزَوَّجَ عليه ، فَالتَّسْمِيَةُ باطلةٌ ، وَيَجِبُ مهرُ المِثْلِ .

ولو صالَحَ عن القِصَاصِ على ما في البطنِ فإن الصُّلَحَ صحيحٌ ، وَيَبْطُلُ القِصَاصُ والتَّسْمِيَةُ فَاسِدةٌ ، وَيَكُونُ للوليِّ على القاتِلِ الدِّيَّةُ ؛ لأنَّ هذه العقودُ تَصَحُّ على ما هو مالٌ ، والولدُ ليس بمالٍ ما دام في البطنِ ، ولو أنه أعتَقَ ما في البطنِ ، فإنه يَصَحُّ إذا عَلِمَ به أنه كان موجوداً في البطنِ وَقَتَ العِتْقِ .

وإنما يُعْلَمُ وجودُهُ إذا جاءتْ [به] ^(١) لأقلَّ من ستَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ العِتْقِ ، فإنْ جاءتْ به لستَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً لَمْ يَعْتَقْ ؛ لأنه لم يُعْلَمَ وجودُهُ وَقَتَ العِتْقِ ، فلا يَعْتَقُ بالشكِّ إلا إذا كانتِ الأُمُّ في عِدَّةِ زَوْجٍ ؛ فإنه يُحْكَمُ بوجودِ الولدِ إلى ستينِ مِنْ وَقْتِ العُلُوقِ في حقِّ ثبوتِ النسبِ ، فكذلك في حقِّ العِتاقِ .

وإنما [٢٨٥/٦م] جاز عِتْقُ ما في البطنِ ؛ لأنَّ العِتْقَ يُنَافِي الرِّقَّ ، وما في البطنِ مَرْقُوقٌ ، وكذلك الوَصِيَّةُ بما في البطنِ تَصَحُّ إذا عَلِمَ وجودُهُ في البطنِ وَقَتَ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ أَخَذَ المِيرَاثُ ، والمِيرَاثُ يَجْرِي فيما في البطنِ ، كذلك الوَصِيَّةُ .

ولو خالَعَ امرأته على ما في بطنِ جَارِيَتِها ؛ فَالْخُلْعُ واقعٌ ، وللزَّوْجِ الولدُ إذا كان موجوداً في البطنِ وَقَتَ الخُلْعِ ، وإنْ لم يَكُنْ موجوداً - كما إذا جاءتْ به لستَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً - فلا سَبِيلَ للزَّوْجِ على ما في البطنِ .

ولكنه يُنْظَرُ ، إنْ قالتِ : اخْلَعْنِي على ما في بطنِ جَارِيَتِي ، ولم يَقُلْ : «من ولدٍ» ؛ فلا شيءَ له عليها ، ولو قالتِ : «من الولدِ» ؛ فإنه يَرْجَعُ عليها بما ساق إليها من المهرِ ؛ لأنها غَرَّتِ الزَّوْجَ حينَ قالتِ : «من ولدٍ» ، وليس في بطنِها ولدٌ ، وإذا

(١) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ وَهَبَهَا جَارًا، لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الْجَنِينُ عَلَى مُلْكِهِ
فَأَشْبَهَ الاستِثْنَاءَ، وَلَوْ دَبَرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجْزُ، لِأَنَّ الْحَمْلَ بَقِيَ عَلَى

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

نَمْ تَقُلْ: «مِنْ وَلَدٍ»؛ لَمْ تَعْرِهْ، وَهَذَا كَمَا قُلْنَا فِي الْمَرَاةِ، كَمَا قَالَتْ لِرَوْجِهَا: اخْلَعْنِي
عَلَى مَا فِي يَدَيَّ، أَوْ عَلَى مَا فِي صَنْدُوقِي هَذَا مِنْ شَيْءٍ، أَوْ لَمْ تَذْكُرْ شَيْئًا، فَإِنْ
كَانَ فِيهِ شَيْءٌ فَلِلزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ؛ فَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهَا
لَمْ تَعْرِهْ حَيْثُ لَمْ تُسَمِّ لَهُ مَالًا، فَأَمَّا إِذَا قَالَتْ: اخْلَعْنِي عَلَى مَا فِي صَنْدُوقِي هَذَا مِنْ
مَتَاعٍ؛ فَإِنْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ مَتَاعٍ؛ فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَا سَاقَ لَهَا
مِنَ الْمَهْرِ. كَذَا فِي «شرح الطحاوي».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ وَهَبَهَا [٧٨/٢] جَارًا)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ
[«الأصل»^(١)] [٢]، ذَكَرَهَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ، فَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْبَيْعِ،
فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ الْجَارِيَّةَ وَفِي بَطْنِهَا وَلَدٌ حُرٌّ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ.

وَالْفَرْقُ: أَنَّ الْوَلَدَ الْحُرَّ صَارَ مُسْتَثْنَى شَرْعًا مِنْ عَقْدِ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ بِالْحُرِّيَّةِ،
فَاعْتَبِرَ بِمَا لَوْ كَانَ مُسْتَثْنَى شَرْطًا، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ وَاسْتَثْنَى الْحَمْلَ، لَا يَصَحُّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ
شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، وَفِيهِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مَنَفَعَةٌ، فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا، فَيَفْسُدُ
الْبَيْعُ بِهِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ، فَإِنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعْمِرِ^(٣).

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٧٧/٣] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) قال ابن حجر: «حديث: «أن النبي ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعْمِرِ». قلت: هو بالمعنى مما
رواه مسلم [في كتاب الهبات/ باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (رقم/١٦٢٥)] مِنْ طَرِيقِ
أَبِي الزَّيْبَرِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوا مَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ
عُمَرَى فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقْبِهِ».

وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ [في كتاب البيوع/ باب من قال فيه ولعقبه (رقم/٣٥٥٧)]، مِنْ طَرِيقِ طَارِقٍ =

مُلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الْإِسْتِثْنَاءِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَنْفِيذَ الْهَبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ فَبَقِيَ
هَبَةُ الْمَشَاعِ أَوْ هَبَةُ شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْمَالِكِ .

﴿ غاية البيان ﴾

وَفَرَّقَ بَيْنَ التَّدْبِيرِ وَالْإِعْتَاقِ أَيْضًا : فَإِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ مَا فِي الْبَطْنِ ، ثُمَّ وَهَبَ جَازَتْ
الْهَبَةُ ، وَلَوْ دَبَّرَهُ ثُمَّ وَهَبَ الْأُمُّ ؛ لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْهَبَةَ مَشْغُولَةٌ فِي صُورَةِ
التَّدْبِيرِ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ ، وَفِي صُورَةِ الْإِعْتَاقِ لَيْسَتْ بِمَشْغُولَةٍ ، فَافْتَرَقَا .

بَيَانُهُ : أَنَّ الْإِعْتَاقَ مُزِيلٌ لِلْمِلْكِ وَالْيَدِ عَنِ الْوَلَدِ ، فَأَمَّا تَسْلِيمُ الْأُمِّ غَيْرِ
مَشْغُولَةٍ بِحَقِّ الْوَاهِبِ ، فَصَحَّتِ الْهَبَةُ بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ وَالْيَدَ
عَنِ الْوَلَدِ ، وَهُوَ فِي يَدِهِ ، فَيَمْتَنِعُ بِهِ تَمَامُ التَّسْلِيمِ ، فَلَمْ تَصَحَّ الْهَبَةُ ، وَلَيْسَ التَّدْبِيرُ
كَالْإِسْتِثْنَاءِ ؛ لِأَنَّ فِي الْإِسْتِثْنَاءِ يُمَكِّنُ تَنْفِيذَ الْهَبَةِ فِي الْحَمْلِ ، وَفِي التَّدْبِيرِ لَا يُمَكِّنُ ؛
لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ النُّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ .

قَالَ فِي « الْأَجْنَاسِ » : « وَلِهَذَا الْجَنَسُ مَسَائِلُ ، وَجَمَلُهُ : أَنَّ الْهَبَةَ [٢٨٥ / ٦ ط / م] مَتَى
كَانَتْ مَشْغُولَةً بِغَيْرِ الْهَبَةِ لَمْ يَجُزْ ، وَغَيْرُ الْهَبَةِ مَتَى كَانَتْ مَشْغُولَةً بِالْهَبَةِ ؛ جَازَتْ الْهَبَةُ ،
كَمَا لَوْ وَهَبَ حِنْطَةً فِي الْجُوَالِقِ دُونَ الْجُوَالِقِ ، أَوْ مَتَاعًا فِي الدَّارِ دُونَهَا ، وَسَلَّمْ إِلَيْهِ
جَازَ ؛ لِأَنَّ الْجُوَالِقَ وَالِدَارَ هُمَا مَشْغُولَتَانِ بِالْهَبَةِ ، فَصَحَّتِ الْهَبَةُ ، وَبِمِثْلِهِ : لَوْ وَهَبَ
دَارًا فِيهَا مَتَاعُ الْوَاهِبِ ؛ لَمْ يَجُزِ الْهَبَةُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَ جُوَالِقًا فِيهَا مَتَاعُ الْوَاهِبِ .

وَفِي « نَوَادِرِ هَشَامٍ » : قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : « إِذَا وَهَبَ أَرْضًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ ، وَفِيهَا
زَرْعُ الْأَبِ ، أَوْ وَهَبَ مِنْهُ دَارًا وَالْأَبُ فِيهَا سَاكِنٌ ؛ لَمْ تَجُزِ الْهَبَةُ فِيهِمَا » .

وَقَالَ فِي « الْهَارُونِي » وَ« الْمَجْرَد » : « قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِ

= الْمَكِّيِّ ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي امْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْطَاَهَا ابْنُهَا حَدِيقَةً
مِنْ نَخْلٍ ، فَمَاتَتْ ، فَقَالَ ابْنُهَا : إِنَّمَا أُعْطِيتُهَا حَيَاتَهَا وَلَهُ إِخْوَةٌ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَيِّ لَهَا حَيَاتُهَا
وَمَوْتُهَا » ، قَالَ : كُنْتُ تَصَدَّقْتُ بِهَا عَلَيْهَا ، قَالَ : « ذَلِكَ أَبْعَدُ لَكَ » ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ الْقَطَّانِ .

فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى أَنْ يُعْتَقَهَا، أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ وَهَبَ دَارًا، أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا؛ فَالْهَبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشَّرُوطَ تُخَالِفُ

غاية البيان

صغيرٍ بدارٍ له، وفيها مَتَاعُ الرَّجُلِ، أَوْ كَانَ الْأَبُ فِيهَا سَاكِنًا، أَوْ فِيهَا مَتَاعٌ لَهُ، وَلَيْسَ سَاكِنًا فِيهَا، أَوْ قَوْمٌ سُكَّانٌ بغيرِ أَجْرٍ جازت، وكان قابضًا لابنِهِ، ولو كان فيها سُكَّانٌ بِأَجْرٍ كَانَتِ الصَّدَقَةُ بَاطِلًا^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْأَجْناس».

قَوْلُهُ: (فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى أَنْ يُعْتَقَهَا، أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ وَهَبَ دَارًا، أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا؛ فَالْهَبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ).

قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ جَارِيَةً عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، قَالَ: الْهَبَةُ جَائِزَةٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ»^(٢). وَهَذِهِ مِنَ الْخَوَاصِّ.

قَالَ^(٣): «وكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَهَا عَلَى أَنْ يُعْتَقَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ، أَوْ عَلَى أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ»^(٤).

وَقَالَ فِيهِ قَبْلَ هَذَا: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي الرَّجُلِ يَهَبُ لِلرَّجُلِ هِبَةً، أَوْ يَتَصَدَّقُ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ، عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ ثُلُثُهَا، أَوْ رُبْعُهَا، أَوْ بَعْضُهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ ثُلُثُهَا، أَوْ رُبْعُهَا، قَالَ: الْهَبَةُ جَائِزَةٌ، وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يُعَوِّضُهُ مِنْهَا شَيْئًا»^(٥). إِلَى

(١) ينظر: «الأجناس» للناطقي [٥٣٢/١].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٥ - ٤٣٦].

(٣) أي في: «الجامع الصغير».

(٤) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٣٦].

(٥) ينظر: المصدر السابق [ص/٤٣٥].

مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَكَانَتْ فَاسِدَةً، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعْمَرِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ؛ وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرَّبَا، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

غاية البيان

هنا لَفْظُ أَصْلٍ «الجامع الصغير».

وقال الكرخي في «مختصره»: «ولو شَرَطَ فيها^(١) أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمٌّ وَلَدًا، وَهِيَ أُمَةٌ، أَوْ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ فُلَانٍ، أَوْ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ بَعْدَ شَهْرٍ؛ كَانَتْ الْهَبَةُ جَائِزَةً، وَهَذِهِ الشُّرُوطُ بَاطِلَةٌ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْهَبَةِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ مُطْلَقًا غَيْرُ مَوْقَّتٍ، فَإِذَا شَرَطَ عَلَيْهِ الرَّدَّ أَوْ الْإِعْتَاقَ أَوْ الْإِسْتِيلَادَ؛ كَانَ ذَلِكَ مُنَافِيًا لِلْعَقْدِ، فَكَانَ شَرْطًا بَاطِلًا، وَهَذَا لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ أَنْ يُعْتَقَهَا الْمُوهُوبُ لَهُ، أَوْ يَسْتَوْلِدَهَا مَتَى شَاءَ بِاخْتِيَارِهِ، لَا بِاخْتِيَارِ غَيْرِهِ، وَلَكِنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْبَاطِلَةِ.

وَأَصْلُ هَذَا: مَا رَوَى^(٣) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ [٤٧٩/٢] الْمُعْمَرِ فِي رَجوعِهَا إِلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ لَهُ، وَجَعَلَهَا مِيرَاثًا لَوَرَثَةِ الْمُعْمَرِ لَهُ، وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»^(٤)، وَلِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَّةً عَنِ الْعَوَضِ، فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الرَّبَا فِي الْمَعَاوِضَاتِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي التَّبَرُّعَاتِ [٢٨٦/٦]، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ فِي بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني - فِي بَابِ الْعَوَضِ فِي الْهَبَةِ مِنْ «شرح الكافي»: «فَإِنْ كَانَتْ الْهَبَةُ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالْعَوَضُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ مِنْ تِلْكَ

(١) أَي: فِي الْهَبَةِ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «م»، وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الكرخي» لِلْقُدُورِيِّ [٣٧٧/ق].

(٣) لَعَلَّهُ يَشِيرُ إِلَى مَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ/ بَابِ الْعُمَرَى (رَقْمٌ ١٦٢٥) عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى فَبِهِ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقِبِهِ».

(٤) مَضَى تَخْرِيجَهُ.

قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَكَ، أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ، أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

الدراهم؛ لم يَكُنْ ذلك عِوَضًا؛ لأن الشيء لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا عَنْ نَفْسِهِ، وَكَانَ لِلْوَاهِبِ: أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ لَانْعِدَامِ الْعِوَضِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ دَارًا وَالْعِوَضُ بَيْتًا مِنْهَا.

وَقَالَ فِيهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَرِيبًا مِنْ وَرَقَةٍ: «رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ خَمْسَةَ دِرَاهِمٍ وَثَوْبًا، وَبُضْ ذَلِكَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ، ثُمَّ عَوَّضَهُ الثَّوْبَ أَوْ الدِّرَاهِمَ مِنْ جَمِيعِ الْهِبَةِ؛ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عِوَضًا؛ لِأَنَّ بَعْضَ الْهِبَةِ لَا يَصْلُحُ تَعْوِضًا، وَإِنْ كَانَتْ هَبَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ؛ جَازَ جَعْلُ أَحَدِهِمَا عِوَضًا عَنِ الْآخَرِ، أَدْعُ الْقِيَاسَ فِيهِ، وَالْقِيَاسُ إِلَّا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ كُلًّا ^(١) هِبَةٌ».

وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ لَمَّا تَعَدَّدَتِ الْهِبَةُ؛ صَارَ الْمَقْصُودُ مِنْ أَحَدِهِمَا غَيْرَ الْمَقْصُودِ بِالْآخَرِ، فَجَازَ جَعْلُ أَحَدِهِمَا عِوَضًا عَنِ الْآخَرِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُتَفَرِّقًا، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ حِنْطَةً فَطَحَنَ بَعْضَهَا، فَعَوَّضَهُ دَقِيقًا مِنْ تِلْكَ الْحِنْطَةِ كَانَ عِوَضًا؛ لِأَنَّهُ بِالطَّحْنِ صَارَ شَيْئًا آخَرَ، فَانْقَطَعَ حَقُّ الْوَاهِبِ عَنْهُ، فَصَلَحَ عِوَضًا.

وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَ لَهُ ثِيَابًا، فَصَبَغَ مِنْهَا ثَوْبًا بَعْضُفٍ، أَوْ خَاطَهُ قَمِيصًا، ثُمَّ عَوَّضَهُ إِيَّاهُ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْقَائِمَةَ بِالثَّوْبِ صَلَحَتْ عِوَضًا، وَقَدْ انْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ عَنْهُ؛ لِقِيَامِهَا بِهِ، فَجَازَ جَعْلُهَا مَعَ الثَّوْبِ عِوَضًا، وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَ لَهُ سَوِيْقًا فَلَتَّ بَعْضَهُ، ثُمَّ عَوَّضَهُ بَعْضَهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَكَ، أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ، أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ

(١) أَشَارَ فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: إِلَى أَنَّهُ وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخ: «الْكُلُّ». بَدَلُ: «كُلًّا». وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

الباقى : فهو باطل ؛ لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا ؛ لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ،

غاية البيان

الباقى : فهو باطل ، أي : قال في «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه : «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة : في الرجل يكون له على الرجل ألف درهم ، فيقول له : إذا جاء الغد فالألف لك ، أو أنت بريء منها إذا جاء غد ، قال : هذا باطل ، والألف عليه إذا جاء غد ، وكذلك إذا أدت إلي نصف المال فلك النصف الآخر ، أو أنت بريء منه ؛ فهو باطل»^(١) . إلى هنا لفظ أصل «الجامع الصغير» .

قال فخر الإسلام : «وقوله : «فلك النصف» من الخواص ، وذلك لأن تمليك الدين تمليك فيه إسقاط ، لا تمليك خالص ، ولا إسقاط خالص ، والدليل على التمليك أنه يرتد بالرد لمعنى التمليك ، والدليل [٢٨٦/٦ م] على الإسقاط أنه لا يتوقف على القبول .

ثم التمليك المحض لا يجوز تعليقه كما في البيع ، والإسقاط المحض يجوز تعليقه ، كما في الطلاق والعتاق ، فلما كان هذا تمليكا من وجه ، إسقاطا من وجه ؛ صح تعليقه نظرا إلى الإسقاط ، ولم يصح نظرا إلى التمليك ، فلم يصح بالشك ، بخلاف ما مر في باب الصلح بالدين ، وهو أنه إذا قال : أد إلي خمس مئة غدا على أنك بريء من الفضل ؛ فهو بريء من الفضل إن أدى إليه الخمس مئة غدا ، وإن لم يؤد عادت عليه الألف في قول أبي حنيفة ومحمد .

وفي قول أبي يوسف : لا يعود ؛ لأن ثمة الإبراء غير معلق بالشرط ، بل هو مقيّد بالشرط ، والمقيّد موجود ، والمعلق معدوم ، وبينهما فرق معلوم»^(٢) .

(١) ينظر : «مختصر القُدوري» [ص/٤٣٧] .

(٢) ينظر : شرح الجامع الصغير للزبدوي [ق/٣٢١] .

وَوَصَفُ [١١٢/١] مِنْ وَجْهِ وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ كَانَ إِسْقَاطًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ. وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالْإِسْقَاطَاتِ الْمَحْضَةِ الَّتِي يُخْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

قَالَ: وَالْعُمَرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ؛ لِمَا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَهُ. وَإِذَا مَاتَ تَرَدُّ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِمَا رَوَيْنَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ.

نهاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْعُمَرَى [٤٧٩/٢] جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ فِي كِتَابِ «الْمَجْرَدِ»: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ بِلَالٍ، عَنْ وَهْبِ ابْنِ كَيْسَانَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: فَشَتِ الْعُمَرَى بِالْمَدِينَةِ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَصَعِدَ الْمِنْبَرُ، فَحَمِدَ اللَّهُ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَيُّهَا النَّاسُ، اجْمَعُوا أَمْوَالَكُمْ، لَا تُهْلِكُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا فِي حَيَاتِهِ؛ فَهُوَ لِلَّذِي أَعْمَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ»^(٢)»^(٣).

أَخْبَرَنَا^(٤) أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ، أَنَّهُ قَالَ: «كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عُمَرَ جَالِسًا، إِذْ أَتَاهُ أَعْرَابِيٌّ، فَسَأَلَهُ عَنِ الْعُمَرَى، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهَا لِلَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ، وَإِنْ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٥].

(٢) أي: أعطى له عمره. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٦٧]. ومن طريقه ابن خسر في «مسند أبي حنيفة» [٢٢٤/١]، ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٥٩٤/٢]. ومن طريقه ابن أبي العوام في «فضائل أبي حنيفة وأخباره ومناقبه» [١٦٧/١]، من طريق أبي حنيفة، عن بلال، عن وهب بن كيسان، عن جابر بن عبد الله ﷺ به.

(٤) وذكر محمد في كتاب: «الآثار» أيضًا هذين الحديثين بهذا الإسناد عن أبي حنيفة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

مَاتَ فِيهِ مِيرَاثٌ لَوَرَّثَتْهُ»^(١).

وكان أبو حنيفة يأخذ بهذه الأحاديث ويقول: لو أن رجلاً جعل داره لرجل، فقال له: داري هذه لك عُمرى، ودفعها إليه؛ كانت بمنزلة الهبة، فكان له أن يرجع فيها ما لم يحدث فيها الموهوب له حدثاً من بيع أو بناء».

قال^(٢): «وإن قال: قد أعمرتك داري هذه، ودفعها إليه؛ فهي أيضاً هبة، وإن قال: داري لك عُمرى تسكنها، أو قال: هي لك عُمرى تبيعها؛ كان ذلك أيضاً هبة في الوجهين جميعاً، وإن قال: داري لك عُمرى سكتى؛ كانت عارية، ولصاحبها أن يأخذها متى بدا له، وإن مات كانت للأول الذي جعلها له، وكذلك لو قال: داري لك سكتى عُمرى؛ كانت عارية، ولصاحبها أن يأخذها منه متى بدا له، وإن مات كانت للأول الذي جعلها له». إلى هنا لفظ الحسن في «المجرد».

وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «قال محمد في «إملائه» [٢٨٧/٦م]: رواه عمرو بن أبي عمرو والكسائي قالا: سمعنا محمد يقول: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل: قد جعلت هذه الدار لك عُمرى، أو قال: قد جعلتها لك حياتك، أو قال: هي لك عُمرى، أو قال: هي لك حياتك، فإذا ميت فهي رد عليه، أو قال: هي لك عُمرى، فإذا ميت فهي رد علي. قال: فهذا كله هبة جائزة، وهي له حياته وموته، والشرط الذي شرط باطل».

قال أبو الحسن: «هي عندهم جميعاً، كذلك يجوز فيها ما يجوز في الهبة، ويطل فيها ما يطل في الهبة»^(٣). إلى هنا لفظ الكرخي.

(١) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٦٧]. ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٥٩٥/٢]. وابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [٢٧٦/١]، من طريق أبي حنيفة عن حبيب بن أبي ثابت به.

(٢) أي: صاحب «المجرد».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٧].

هـاية البيان

وقال في كتاب «الأقضية» لأصحاب مالك: «قال مالك بن أنس في العُمري: إذا أَعَمَّرَ الرجل دارَه أو حانوتَه أو عَقَدَه له حَيَاتَه ؛ فغَيْرُ جائزةٍ حَتَّى يَقُولَ: قد أَعَمَّرْتُكَ وَعَقَبْتُكَ ، فَإِنْ أَعَمَّرَهَا إِيَّاهُ وَعَقَبَهُ ؛ جازَتْ له وَلَعَقِبَهُ ، ولم تَرْجِعْ إلى الذي أَعَمَّرَهَا أَبَدًا ، فَإِنْ انْقَرَضَ الْمُعَمَّرُ وَعَقِبَهُ ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ؛ رجعتُ إلى الذي أَعَمَّرَهَا إِنْ كان حَيًّا ، فَإِنْ كان مَيِّتًا ؛ رجعتُ إلى أَقْرَبِ الناسِ به مِنْ عَصَبَتِهِ ، ولا تُكُونُ مِيراثًا»^(١) . إلى هنا لَفْظُ كتابِهِمْ .

ونَقَلَ شيخُ الإسلامِ خُواهرَ زادَه في «مبسوطه» مذهبَ مالكٍ فيما إذا قال: داري لك عُمري: أَنه يَكُونُ عَارِيَّةً ، ولا يَكُونُ هِبَةً ، حَتَّى كانَ لِلْمُعَمِّرِ أَنْ يَبِيعَهَا متى شاء ، وَأَنْ يَسْتَرِدَّ مِنْهُ متى شاء ، ومتى ماتَ الْمُعَمَّرُ له ؛ رجعتُ إلى الْمُعَمِّرِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لك وَلَعَقِبُكَ مِنْ بَعْدِكَ ، فمتى قال هذا ؛ لا تَعُودُ إلى الْمُعَمِّرِ متى ماتَ الْمُعَمَّرُ له ، بل تَصِيرُ مِيراثًا بَيْنَ ورثَتِهِ .

وقال في «وجيز الشافعية»^(٢): «ولو قال أَعَمَّرْتُكَ هذه الدارَ ، فإذا مِتَّ فهي لورثَتِكَ صَحَّ»^(٣) ، فإنه هِبَةٌ ، ولو اقْتَصَرَ على قولِهِ: أَعَمَّرْتُكَ لم يَصَحَّ^(٤) على القولِ القديم ؛ لأنها مَوْقَّتَةٌ ، وعلى الجديدِ صَحَّ ويتأبَّدُ .

فإن قال: فإن مِتَّ عادَ إليَّ ، فهو بالبطلانِ أَوَّلَى ، وكذا الرُّقْبَى بالبطلانِ أَوَّلَى ، وهو أن يَقُولَ: أرْقَبْتُكَ هذه الدارَ أو جعلْتُها لك رُقْبَى ، أو وهبْتُكَ على أنك [٤٨٠/٢] إِنْ مِتَّ قبلي عادَ إليَّ ، أو مِتَّ قبْلَكَ اسْتَقَرَّ عَلَيْكَ»^(٥) . إلى هنا لَفْظُ «وجيزهم» .

(١) ينظر: «أقضية رسول الله» لابن الطلاع [ص/١٠٦] .

(٢) في «الوجيز»: «لورثتك صح (م)» . ويعني بـ: (م): الرمز به إلى مالك بن أنس ، كما نصَّ على ذلك في المقدمة . ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١] .

(٣) في «الوجيز»: «أعمرتُك لم يصح (ح ، م)» . ويعني بـ: (ح): الرمز به إلى أبي حنيفة .

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٣١١ - ٣١٠/٦] .

غاية البيان

وقال الخِرَقِيُّ من أصحابِ أحمدَ بنِ حنبلٍ: «إذا قال: داري لك عُمرَكَ، أو هي لك عُمرَيَّ؛ فهي له ولورثته مِن بَعْدِهِ، وإذا قال: سُكْنَاهَا لك عُمرَكَ؛ كان له أخذُها أيَّ وَقتٍ أَحَبَّ؛ لأنَّ السُّكْنَى ليس كالْعُمَرَى والرُّقْبَى»^(١). إلى هنا لفظ الخِرَقِيِّ.

وَجْهٌ قولُ مالكٍ: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قال: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٢).

وَجْهٌ الاستدلالُ: أنَّ الْمُعْمَرَ شَرَطَ أنْ يَعُودَ إِلَيْهِ متى مات الْمُعْمَرُ له، فَيُعْتَبَرُ شَرْطُهُ عَمَلًا بِالْحَدِيثِ.

وَلَا يُقَالُ: إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ الْمُعْمَرَ؛ لَأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «الْعُمَرَى الَّذِي أَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ، أَنْ يَقُولَ الْمُعْمَرُ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ»^(٣)، وَعِنْدَهُ: متى قال ذلك لَا يَعُودُ إِلَيْهِ أَبَدًا. وعلمناؤنا احتجُّوا بما رَوَيْنَا [٢٨٧/٦] قَبْلَ هَذَا عَنِ «الْمَجَرَّدِ».

وَحَدَّثَ الْبُخَارِيُّ فِي «الصَّحِيحِ»: مَسْنَدًا إِلَى جَابِرٍ رضي الله عنه قَالَ: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالْعُمَرَى، أَنَّهَا لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ»^(٤).

(١) ينظر: «مختصر الخرقى» [ص/٨٢].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) هذا الخبر رواه الزُّهْرِيُّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنه به. ثم بعد ذلك كان الزُّهْرِيُّ يُفْتِي النَّاسَ به. هكذا أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٨٨٧]، وعنه أحمد في «المسند» [٢٩٤/٣]، وكذا من طريقه مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب من قال فيه ولعقبه [رقم/٣٥٥٥]، من طريق مَعْمَرٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ به.

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب ما قيل في العمرى والرقبى [رقم/٢٤٨٢]، =

عنه السلام

وَحَدَّثَ الْبُخَارِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْعُمَرَى حَائِزَةٌ»^(١).

وَكَذَا حَدَّثَ أَبُو دَاوُدَ فِي «السُّنَنِ» حَدِيثَ جَابِرٍ وَحَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَالَ فِي «السُّنَنِ» أَيْضًا: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ شُعَيْبٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي الْأَوْزَاعِيُّ عَنْ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ جَابِرٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى؛ فَهِيَ^(٢) لَهُ وَلِعَقِبِهِ، يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ عَقِبِهِ»^(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الآثار»: عَنْ يُونُسَ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ عَمْرِو، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ: «أَنَّ أَمِيرًا كَانَ عَلَى الْمَدِينَةِ يُقَالُ لَهُ: طَارِقُ، قَضَى بِالْعُمَرَى بُنَوَارِثَ عَنْ قَوْلِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ»^(٤).

= ومسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٥٠]، من حديث جابر ﷺ به.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب ما قيل في العمرى والرقبى [رقم/٢٤٨٣]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٦]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٤٨]، من حديث أبي هريرة ﷺ به.

(٢) وقع بالأصل: «فهو». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س». وهو الموافق لما وقع في: «سنن أبي داود».

(٣) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٥١]، والنسائي في كتاب العمرى [رقم/٣٧٤٠]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٧٣/٦]، من طريق الأوزاعي، عن الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ جَابِرٍ ﷺ به.

(٤) أخرجه: مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأحمد في «المسند» [٣٨١/٣]، وأبو يعلى في «مسنده» [٣٦٦/٣]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩١/٤]، عن سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ بِإِسْنَادِهِ به.

غاية البيان

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا فِيهِ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو النَّضْرِ هَاشِمُ بْنُ الْقَاسِمِ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ الطَّائِفِيُّ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ، عَنْ طَاوُسٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا حَيَاتُهُ فَهُوَ لَهُ وَلِوَارِثِهِ»^(١)، فدلَّ هذا الحديثُ: أن المرادَ من الوارثِ - المذكورِ في الحديثِ المذكورِ قبلَ هذا - هو وارثُ المُعْمَرِ له، والأحاديثُ في هذا البابِ كثيرةٌ في «شرح الآثار».

فدلَّ: أن الملكَ ثابتٌ للمُعْمَرِ له، ولا يجوزُ فسْخُحه بعدَ موته إلا بدليلٍ، وقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٢)، ليس بحُجَّةٍ علينا؛ لأنَّ المرادَ من تلك الشروطِ: هي التي جَوَّزَها الكتابُ والسُّنَّةُ، وأجمَعَ عليها المسلمون لا كلَّ شرطٍ؛ ولهذا لم يَدْخُلِ الشرطُ الذي لا يَنْقُضِيهِ الْعَقْدُ فِي الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»^(٣).

وكذلك قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى؛ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ شَرْطٍ»^(٤).

وقد أَبْطَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ شَرْطَ الْمُعْمَرِ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى شَرْطِهِ، وتَأْوِيلُ الزُّهْرِيِّ بِتَقْيِيدِ ذِكْرِ الْعَقَبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ؛ لَوُرُودِ الْأَحَادِيثِ الْمُطْلَقَةِ عَنْ ذِكْرِ الْعَقَبِ، وَنَحْنُ نَعْمَلُ بِالْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ جَمِيعًا، وَلَا نُقَيِّدُ الْمُطْلَقَ بِالْمُقَيَّدِ.

وَفَسَّرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرُ زَادَهُ فِي «مَبْسُوطِهِ» قَوْلَهُ: دَارِي لَكَ عُمْرِي.

(١) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الرقي [رقم/٣٥٥٩]، والنسائي في كتاب العمري [رقم/٣٧٢٣]، وابن ماجه في كتاب الهبات/ باب العمري [رقم/٢٣٨١]، وأحمد في «المسند» [١٨٩/٥]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩١/٤]، من حديث زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. به. قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٧٠/١٤].

(٢) مضمي تخريجه.

وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ؑ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لَكَ تَمْلِيكَ. وَقَوْلُهُ: رُقْبَى شَرْطٌ

﴿ غَايَةُ الْبَيَان ﴾

وقال: معناه: أي: داري لك ما عشت، فإذا مت؛ رجعت إلي.

قَوْلُهُ: (وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ [٨٠/٢ ط:] جَائِزَةٌ، وهذا لفظ القُدُورِيِّ في «مختصره»^(١).

وقال الحسن بن زياد في «المجرد»: قال: «وإن قال [٢٨٨/٦ م]: قد أرقبتك

داري هذه؛ كانت عارية، وإن قال: هي لك رُقْبَى؛ كانت هِبَةً إذا دفعها إليه». إلى هنا لفظ «المجرد».

وقال الكَرخي في «مختصره»: «وقال محمد أيضاً في «إملائه»: قال أبو

حنيفة: إذا قال رَجُلٌ لِرَجُلٍ: هذه الدارُ لك رُقْبَى، فدفعها إليه، أو قال: هذه الدارُ لك حَبِيسٌ، ودفعها إليه؛ فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها أخذها. قال محمد: وهذا قولنا أيضاً»^(٢). إلى هنا لفظ الكَرخي.

ثم قال فيه: «وقال أبو يوسف: وأما أنا فأرى أنه إذا قال: هي لك حَبِيسٌ؛

فهي له إذا قبض، وقوله: «حَبِيسٌ» باطل، وكذلك إذا قال: هي لك رُقْبَى».

وقال شيخ الإسلام خَوَاهِرُ زَادَهُ في «مبسوطه»: «إذا قال: دَارِي لَكَ رُقْبَى،

أو دَارِي لَكَ هذه حَبِيسٌ».

قال أبو حنيفة ومحمد: لَا يَكُونُ هِبَةً.

ثم قال: ولم يذكر في الكتاب - يعني: في «المبسوط» - أنه يَكُونُ عَارِيَةً أَمْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدُورِيِّ [ق/٣٧٧].

فَاسِدٌ كَالْعُمَرَى . وَلَهُمَا : أَنَّهُ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى ؛ وَلِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عِنْدَهُمَا إِنَّ مِثْ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ ، وَاللَّفْظُ مِنَ الْمُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوْتَهُ ، وَهَذَا

نهاية البيان

لا عندهما .

ثم قال : وقد رَوَى الحسنُ عن أبي حنيفة ومحمد : أَنَّهُ يَكُونُ عَارِيَّةً .

ثم قال : وقال أبو يوسف : بَأَنَّهُ يَكُونُ هِبَةً حَتَّى لَوْ مَاتَ الْمُرْقَبُ ؛ يَكُونُ مِيرَاثًا بَيْنَ وَرَثَتِهِ .

وقال القُدُورِيُّ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» : «قال أبو حنيفة ومحمد : الرُّقْبَى باطلة ، وقال أبو يوسف : جائزة» .

ثم قال فيه : «وقد قال أبو حنيفة فيمن قال لآخر : هذه الدارُ لك حَبِيسٌ ، أَوْ لَكَ رُقْبَى ، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ : إِنَّهَا عَارِيَّةٌ ، وقال أبو يوسف : هِبَةٌ» .

ثم قال : فِي «التَّقْرِيبِ» : «وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أَرْقَبْتُكَ دِرَايَ ؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا» .

وقال فِي «المَخْتَلَفِ» : «وعلى هذا الخلاف ، إِذَا قَالَ : أَرْقَبْتُكَ»^(١) .

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ ﷺ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى ، وَقَدْ حَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ» : بِإِسْنَادِهِ إِلَى جَابِرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : «الْعُمَرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا ، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا»^(٢) ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ : «لَكَ» ، يُفِيدُ التَّمْلِيكَ . وَقَوْلُهُ :

(١) ينظر : «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤١٠/٣] .

(٢) أخرجه : أبو داود فِي أول كتاب الإجارة/ باب فِي الرقبي [رقم/٣٥٥٨] ، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي كتاب الأحكام/ باب مَا جَاءَ فِي الرقبي [رقم/١٣٥١] ، وَالنَّسَائِيُّ فِي كتاب العمري [رقم/٣٧٣٩] ، وَابْنُ مَاجَةَ فِي كتاب الهبات/ باب الرقبي [رقم/٢٣٨٣] ، وَأَحْمَدُ فِي «المسند» [٣٠٣/٣] ، مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ ﷺ بِهِ .

قال التِّرْمِذِيُّ : «هذا حديث حسن» .

مَعْلُومُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ قَبْطُلٌ . وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَّصِمُنُ بِاخْلَاقِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

«رُقْبَى أَوْ حَبِيسٌ» بعد ذلك شرط زائدٌ فاسدٌ، فيلغُو، فصار كقوله: دَارِي لَكَ عُمرَى .

وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا: مَا رُوِيَ عَنْ شَرِيحٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى، وَرَدَّ رُقْبَى»^(١).

وقد حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الطَّحَاوِيِّ»: عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي يُونُسَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ السَّائِبِ قَالَ: «سُئِلَ شَرِيحٌ عَنْ رَجُلٍ جَعَلَ ذَرَّةً حَبِيسًا عَلَى الْآخِرِ فَالْآخِرِ مِنْ وَلَدِهِ، فَقَالَ: لَا حَبْسَ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى»^(٢)، وَلِأَنَّ التَّعْلِيْقَ فِي التَّمْلِيكَاتِ لَا يَجُوزُ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى مَعْنَى الْخَطَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ [مَعْنَى] ^(٣) قَوْلِهِ: «دَارِي لَكَ رُقْبَى - عِنْدَهُمَا - إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ؛ فَهِيَ لَكَ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلِي؛ فَهِيَ لِي» [٢٨٨/٦ ط/م]: مَأْخُوذٌ مِنَ الْمِرَاقِبَةِ، كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرَاقِبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ.

وعندي: قولُ أبي يوسفَ أَصَحُّ؛ إِذْ غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ: أَنْ يُقَالَ: الشَّرْطُ فَاسِدٌ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ فَسَادِ الشَّرْطِ فَسَادُ الْهَبَةِ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، كَمَا فِي الْعُمَرَى^(٤).

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٣٩٧/٣] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية. عن الشعبي عن شريح .

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» [٦٠/٣]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩٦/٣]، عن شريح .

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» [١١٧/٦]، «درر الحكام» [٢٢٥/٢]، «البحر الرائق» [٢٩٧/٧]، «مجمع الأنهر» [٣٦٦/٢]، «اللباب» [١٧٨/٢].

فصل

في الصدقة

قَالَ: وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالْهَبَةِ وَلَا تَجُوزُ

غَايَةُ الْبَيَانِ

فصل

في الصدقة

لَمَّا كَانَتِ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ سَوَاءً فِي الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَبَرُّعٌ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ: ذَكَرَ فَضْلُ الصَّدَقَةِ عَقِيْبَهَا، وَقَدَّمَ الْهَبَةَ لِعُمُومِهَا فِي الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ وَكَثْرَةِ تَفْرِيعَاتِهَا، غَيْرَ أَنَّ بَيْنَهُمَا فَرْقًا فِي فَضْلِ، وَهُوَ أَنَّ الْهَبَةَ إِذَا كَانَتْ لَغَيْرِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ؛ فِيهَا الرَّجُوعُ، وَلَا رَجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ [٤٨١/٢] فِيهِ: «وَلَا تَجُوزُ فِي مَسَاحٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ»^(١). وَإِنَّمَا شَرَطَ الْقَبْضَ فِيهَا؛ لِمَا رَوَى أَصْحَابُنَا فِي نُسْخِ «الْمَبْسُوطِ»: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً»^(٢).

وَهَذَا الْحَدِيثُ حُجَّةٌ لَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ رحمه الله فِي تَجْوِيزِهِ الصَّدَقَةَ بِلَا قَبْضٍ^(٣)، وَلِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ، فَيُشْتَرَطُ فِيهَا الْقَبْضُ كَالْهَبَةِ، فَإِذَا كَانَ الْقَبْضُ شَرْطًا؛ كَانَ الْإِشَاعَةُ مَانِعَةً فِيهَا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ لِنَقْصَانِ فِي الْقَبْضِ، أَوْ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهَا مَعَ الْإِشَاعَةِ الْإِزَامَ مَا لَا يُلْتَزِمُهُ الْمَتَبَرِّعُ، وَالْإِزَامُ يُنَافِي التَّبَرُّعَ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ الْوَجْهَيْنِ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٥].

(٢) مضي تخريجه.

(٣) بل معتمد مذهب الشافعي: أن الهبة كالصدقة كلاهما لا يجوز بلا قبض. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٠٢/١٣]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٤٤/٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٣٦٥/٥ - ٣٦٦].

فِي مَشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِمَا بَيْنَا فِي الْهَبَةِ وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ . وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ ؛ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْصَدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الْغَنِيِّ الثَّوَابُ . وَكَذَا إِذَا وَهَبَ لِفَقِيرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ .

قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ ؛ يَتَصَدَّقُ بِجَنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ وَيُرْوَى أَنَّهُ وَالْأَوَّلُ

غاية البيان

عند قوله: (وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِلَّا مَحْزُوزَةً مَقْسُومَةً) . وإلى ذلك الموضع أشار في المتن بقوله: (لِمَا بَيْنَا فِي الْهَبَةِ) .

قوله: (وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ) ، وهذه من مسائل القُدُورِيِّ أيضًا ، وذلك لأن المقصود من الصَّدَقَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ: حصولُ الثَّوَابِ فِي الْآخِرَةِ ، لَا الْعَوَضُ الْمَالِيَّ ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ حَصَلَ لِلْمَتَصَدِّقِ بِنَفْسِ الصَّدَقَةِ ، فَكَانَتِ الصَّدَقَةُ مَعَ حَصُولِ الثَّوَابِ كَالْهَبَةِ مَعَ وجودِ الْعَوَضِ ، فَلَا رُجُوعَ ثَمَّةً ، فَكَذَا هُنَا .

وقد قالوا: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ ؛ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَرْجَعَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا الْعَوَضُ ، فَتَكُونُ هِبَةً ، وَيَكُونُ لَهُ الرُّجُوعُ .

وجه الاستحسان: أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّصَدُّقِ عَلَى الْغَنِيِّ: قَدْ يَكُونُ الثَّوَابُ ، وَقَدْ حَصَلَ ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَهَبَ لِفَقِيرٍ ؛ لَا رُجُوعَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي ، فَكَانَتِ الْهَبَةُ مُسْتَعَارَةً لِلصَّدَقَةِ ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ أَيْضًا . ذَكَرَهُ فِي «شرح الكافي» .

قوله: (قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ ؛ يَتَصَدَّقُ بِجَنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره»^(١) .

سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ، وَوَجْهَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ الْقَضَاءِ

غاية البيان

[٢٨٩/٦ م] وقال في كتاب القضاء من «الجامع الصغير»: «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة: في رَجُلٍ قال: مالي في المساكين صدقة، قال: هذا على أموال الزكاة، ولو أوصى بثُلثِ ماله فهذا على كل شيء»^(١).

قال فخر الإسلام: «والأوّل استحسان، والقياسُ فيهما واحد؛ لأن المال عامٌّ»^(٢)، اعلم: أن الرَّجُلَ إذا قال: مالي صدقة في المساكين؛ فالقياس أن يتصدق بجميع ماله، سواء كان مال الزكاة، أو غير مال الزكاة، وهو قول زُفر.

وفي الاستحسان: يُلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِمَالِ الزَّكَاةِ، وهو عَيْنُ الدَّرَاهِمِ والدنانير، ومال التجارة والسوائِم لا غير، وبه أخذ علماؤنا.

وجه القياس: أنه أضاف الصّدقة إلى ماله مطلقاً، والكلُّ ماله، فلا يَتَقَيَّدُ بِمَالِ الزَّكَاةِ، كما إذا أوصى بثُلثِ ماله.

يُحَقِّقُهُ: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. حيث يتناول الأموال كلها.

وجه الاستحسان: هو أن إيجاب العبد مُعْتَبَرٌ بإيجاب الله تعالى، ثم إيجاب الله تعالى مطلقاً في الصدقة بالمال يتناول مال الزكاة لا غير؛ كما في قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]. فكذا هنا، بخلاف الوصية، فإن دليل التقييد ثمة لم يرد من الشرع، فانصرف إلى الأموال كلها.

قال فخر الإسلام: «واختلف أبو يوسف ومحمد في الأراضى العُشْرِيَّةِ، فقال أبو يوسف: تدخل لأنها من أسباب الصدقة، وهي العُشْرُ، وقال محمد: لا تدخل؛

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٩٨].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبرزدوي [ق/٣٢١].

غاية البيان

لأنها من أسباب المؤونة، مثل عبء الخدمة»^(١).

وحاصل ذلك: أن جهة المؤونة غالبية عند محمد، وجهة الصدقة عند أبي يوسف، والاختلاف في «النوادر»، والأرض الخراجية لا تدخل بالإجماع.

وأما إذا قال: جميع ما أملك في المساكين صدقة: قال الحاكم الشهيد في «الكافي»: «يتصدق بجميع ما يملك من الصامت، ومال التجارة، والسوائم، وأموال [٤٨١/٢] الزكاة، ويؤمك قوته، فإذا أصاب بعد ذلك مالا؛ تصدق بمثل ما أمسك»^(٢).

ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحساناً، وهذا يدل أن المال والملك سواء، وإليه ذهب أبو بكر البلخي، وكان يسوي بين ذكر المال والملك. كذا قال خواهر زاده، والأصح هذا. كذا قال قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»^(٣).

ومن المشايخ من قال: إنه يتناول جميع ما يملكه من مال الزكاة وغيره قياساً واستحساناً، وإليه ذهب الفقيه محمد بن إبراهيم الميذاني. كذا ذكر خواهر زاده في «مبسوطه»، وهو المروي عن أبي يوسف.

قال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير»: «وذكر أبو يوسف في «الأمال» حكاه عن أبي حنيفة وعن نفسه [٢٨٩/٦ م] أنه إذا قال: مالي في المساكين صدقة؛ انصرف إلى مال الزكاة، وإذا قال: ما أملك صدقة؛ انصرف إلى جميع الأموال؛ وذلك لأن الملك أعم من المال؛ لأن غير المال قد يملك كالنكاح والقصاص».

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبيدوي [٣٢١/ق].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١٧٥/ق].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [٣٢٥/ق].

شأية البيان

ووجه الفرق بين المال والملك: أن ثمة وجد إيجاب الله تعالى، فانصرف إلى مال الزكاة، وفي الملك لم يوجد إيجاب الله تعالى، فاعتبر عمومته.

وقال الفقيه أبو الليث: وفي قول مالك: يتصدق بثلث ماله؛ لما روي عن أبي لبابة بن عبد المنذر، لما قبلت توبته قال: يا رسول الله، أني جعلت على نفسي أن أنخلع من مالي كله. فقال: «لا، ولكن تصدق بثلثه»^(١).

وفي قول الشافعي: عليه كفارة اليمين؛ لأنه قال ﷺ: «النذر يمين، وكفارته كفارة يمين»^(٢).

وفي قول الشعبي: لا يجب عليه شيء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩]، ثم إنه يمسك قوته في قوله: جميع ما أملك صدقة؛ لأنه لا بد له منه.

ولكن لم يبين محمد في «المبسوط» و«الجامع الصغير» مقدار ما يمسك من القوت، فقال مشايخنا: إن كان دهنًا^(٣): يمسك قوت سنة؛ لأن القوت للدهقان يتجدد كل سنة، وإن كان تاجرًا يمسك قوت شهر؛ لأن التجارة للتاجر لا تتفق كل حين، وإنما تتفق في بعض الأحيان، فقد رنا بالشهر.

وإن كان محترفًا يمسك قوت يومه؛ لأنه يتجدد له القوت كل يوم، ثم إذا

(١) أخرجه: أحمد في «المسند» [٥٠٢/٤]، والدارمي في «سننه» [٤٧٩/١]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/٣٣٧١]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦٧/١٠]، من حديث أبي لبابة بن عبد المنذر ﷺ به. ولفظه في آخره: «فقال رسول الله ﷺ: يُجْزَى عَنْكَ الثُلُث».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) الدهقان عند العرب الكبير من كفار العجم، وقد غلب على أهل الرساتيق منهم ثم قيل لكل من له عمار كثير دهنان. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» [٣٠١/١].

وَيُقَالُ لَهُ: أَمْسِكَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا؛ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

وَجَدَ شَيْئًا^(١) تَصَدَّقَ بِمَقْدَارِ مَا أَمْسَكَ لِقُوَّتِهِ؛ لَأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ قَدْرَ الْقُوَّةِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي لَزِمَهُ التَّصَدُّقُ بِهِ، فَصَارَ ضَامِنًا لِمِثْلِهِ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ، كَمَا لَوْ اسْتَهْلَكَ مَالَ الزَّكَاةِ.

قَوْلُهُ: (وَيُقَالُ لَهُ: أَمْسِكَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا؛ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢)، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَ^(٣) آنفًا.

[قَوْلُهُ]^(٤): (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ)، [أَيِ]^(٥): فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، فِي بَابِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ.

وَاللَّهُ أَعْلَمُ [بِالصَّوَابِ]^(٦).



(١) وقع بالأصل: «وجد كل شيئاً». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

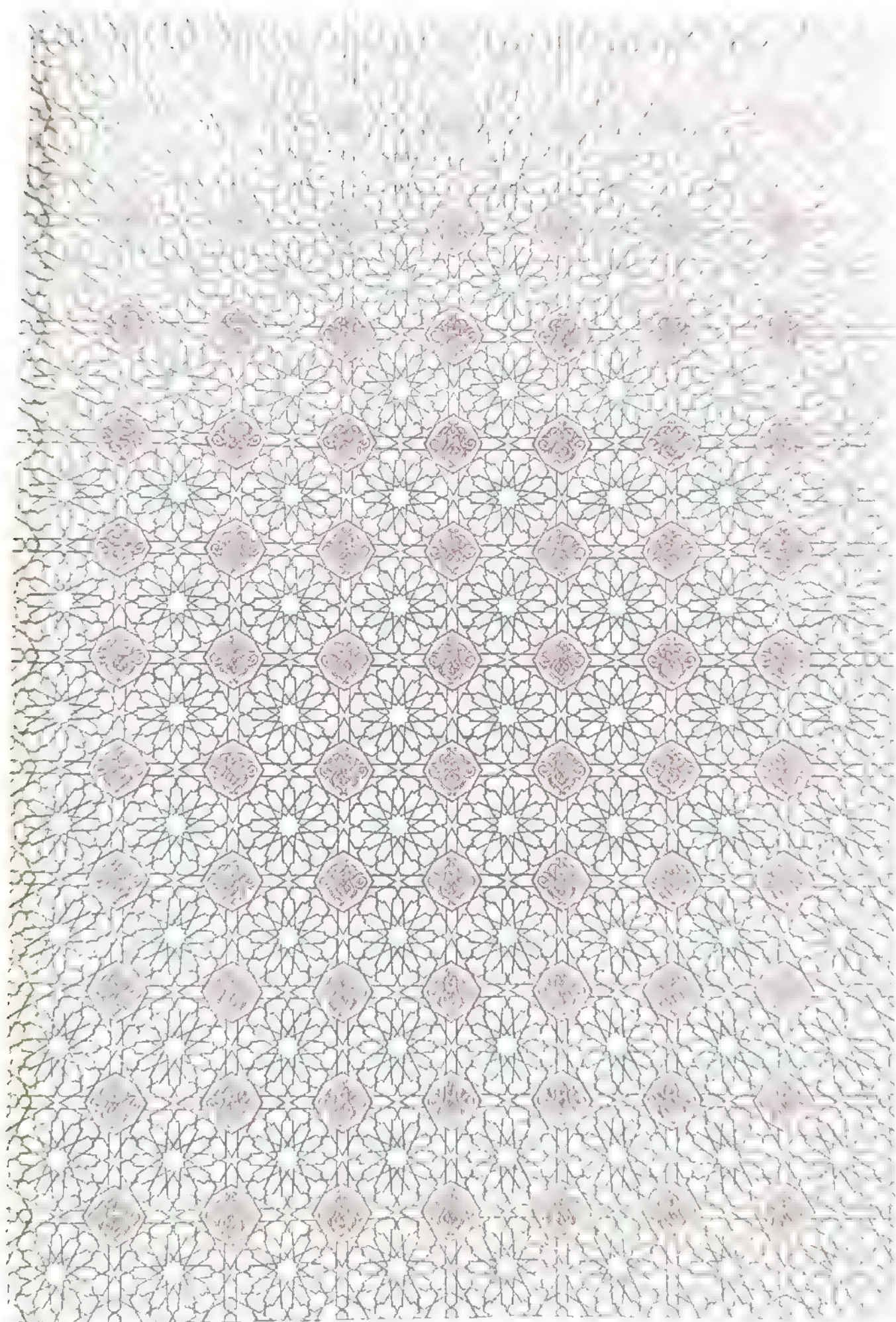
(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٢٦].

(٣) وقع بالأصل: «ذكرنا الوجو». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ».



كِتَابُ الْإِجَارَاتِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

كِتَابُ الْإِجَارَاتِ

نَاسِبَ الْإِجَارَاتِ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِكِ ، إِلَّا أَنَّ الْهِبَةَ لَمَّا كَانَتْ تَمْلِكُ عَيْنَ ، وَالْإِجَارَةَ تَمْلِكُ مَنَفْعَةَ كَانَ تَقْدِيمُ الْهِبَةِ أَوْلَى ؛ لَكُونَ الْعَيْنِ أَقْوَى .

ثُمَّ الْأَصْلُ فِي جَوَازِ الْإِجَارَةِ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوُّهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] . وَقَالَ مُوسَى لِصَاحِبِهِ : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [الكهف: ٧٧] . وَقَوْلُهُ تَعَالَى خَبَرًا عَنْ شُعَيْبٍ - صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَامُهُ - : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ بِحَدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِجٍ ﴾ [الفصص: ٢٧] .

وَجُهْ الاستدلال [٦/٢٩٠م] به : أَنَّ شَرِيعَةً مِّن قَبْلِنَا تَلَزَمُنَا عَلَى أَنَّهُ شَرِيعَةٌ رَسُولِنَا ﷺ إِذَا قَصَّ اللَّهُ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ ، وَلَمْ يَرِدِ النَّسْخُ بِهِ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى [٢/٤٨٢و] : ﴿ تَأْجُرَنِي ﴾ ، مِنْ أَجْرَتِهِ إِذَا كُنْتُ لَهُ أَجِيرًا ، وَ﴿ ثَمَنِي حَبِجٍ ﴾ ظَرْفُهُ . كَذَا فِي «الكَشَافِ» (١) .

وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَسْتَأْجِرُونَ ، وَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا حَدَّثَ الْبُخَارِيُّ فِي «جَامِعِهِ الصَّحِيحِ» : مُسْنَدًا إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : «مَا بَعَثَ اللَّهُ نَبِيًّا إِلَّا رَعَى الْغَنَمَ» ، فَقَالَ أَصْحَابُهُ : وَأَنْتَ ؟ قَالَ : «نَعَمْ ، كُنْتُ أَرْعَاهَا عَلَى قَرَارِيطَ لِأَهْلِ مَكَّةَ» (٢) .

(١) ينظر: «الكَشَافُ» للزمخشري [٤٠٤/٣] .

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب رعي الغنم على قراريط [رقم/٢١٤٣] ، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

غاية البيان

وَحَدَّثَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِي حَدِيثِ هِجْرَةِ النَّبِيِّ ﷺ مَعَ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَسْتَأْجِرُ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ هَادِيًا خَرِيتًا، فَأَخَذَ بِهِمَا طَرِيقَ السَّاحِلِ»^(١).

وَالْخَرِيتُ: الماهرُ بالهداية.

وَحَدَّثَ الْبُخَارِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ، [عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ]^(٢) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: قَالَ اللَّهُ ﷻ: «ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ، وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»^(٣). هَكَذَا ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِجَارَةِ مِنَ «الصَّحِيحِ».

وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «رَجُلٌ أَعْطَى بِي»^(٤)، أَي: أَعْطَى ذِمَّةً مِنَ الذَّمَّاتِ، وَلِهَذَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا بَعَثَ جَيْشًا أَوْ سَرِيَّةً، قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ: «وَإِذَا حَاصَرْتُمْ أَهْلَ مَضَرٍ أَوْ مَدِينَةٍ، فَأَرَادُوكُمْ أَنْ تُعْطَوْهُمْ ذِمَّةَ اللَّهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ؛ فَلَا تُعْطَوْهُمْ ذِمَّةَ اللَّهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ، وَلَكِنْ أَعْطَوْهُمْ ذِمَّتَكُمْ وَذِمَّةَ آبَائِكُمْ، ثُمَّ قُورَا^(٥) لَهُمْ، فَإِنَّهُمْ إِنْ كَفَرُوا ذِمَّتَكُمْ وَذِمَّةَ آبَائِكُمْ أَهْوَنُ»^(٦). وَالْحَدِيثُ فِيهِ طَوْلٌ ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي أَوَّلِ كِتَابِ

(١) أَخْرَجَهُ: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْإِجَارَةِ/ بَابِ اسْتِئْجَارِ الْمُشْرِكِينَ عِنْدَ الضَّرُورَةِ أَوْ إِذَا لَمْ يَوْجَدْ أَهْلَ الْإِسْلَامِ [رَقْمُ/٢١٤٤]، مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) مَضَى تَخْرِيجَهُ.

(٤) أَي: أَعْطَى الْأَمَانَ بِاسْمِي أَوْ بِدَعْوِي، بَأَنْ يَقُولَ: لَكَ ذِمَّةُ اللَّهِ، وَعَهْدُ اللَّهِ، وَذِمَّةُ رَسُولِ اللَّهِ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «م»، «س»، «ن».

(٥) أَمْرٌ مِنَ الْوَفَاءِ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، «م»، «س»، «ن». وَأَدْرَجَهُ نَاسِخُ الْأَصْلِ بِالْمَنْ!

(٦) أَخْرَجَهُ: مُسْلِمٌ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسِّيرِ/ بَابِ تَأْمِيرِ الْإِمَامِ الْأَمْرَاءِ عَلَى الْبُعُوثِ وَوَصِيَّةِ إِيَاهُمْ بِأَدَابِ الْغَزْوِ وَغَيْرِهَا [رَقْمُ/١٧٣١]، وَجَمَاعَةٌ مِنْ طَرِيقِ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ نَحْوَهُ فِي سِيَاقٍ=

«السِّير الصغير»^(١).

وأما قوله: «وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ»، على سبيل المجاز، باعتبار صورة المبادلة، وإلا فالبيع باطل.

وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»^(٢): حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْعَلَاءِ قَالَ: حَدَّثَنَا زَيْدٌ^(٣) بْنُ الْحُبَابِ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ [أَوْ]^(٤) عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا؛ فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»^(٥)، وهذا الحديث فيه طول^(٦) ذكره محمد

= قصة. ولفظه في آخره: «وَإِذَا حَاصَرْتَ أَهْلَ حِصْنٍ فَأَرَادُوكَ أَنْ تَجْعَلَ لَهُمْ ذِمَّةَ اللَّهِ، وَذِمَّةَ نَبِيِّهِ، فَلَا تَجْعَلَ لَهُمْ ذِمَّةَ اللَّهِ، وَلَا ذِمَّةَ نَبِيِّهِ، وَلَكِنْ اجْعَلْ لَهُمْ ذِمَّتَكَ وَذِمَّةَ أَصْحَابِكَ، فَإِنَّكُمْ أَنْ تُخْفِرُوا ذِمَّتَكُمْ وَذِمَّةَ أَصْحَابِكُمْ أَهْوَنُ مِنْ أَنْ تُخْفِرُوا ذِمَّةَ اللَّهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ».

(١) ينظر: «السِّير الصغير» لمحمد بن الحسن [ص/٩٣].

(٢) قد راجعنا نسختين من «مختصر الكرخي»، فلم نجد فيهما هذا الخبر والذي بعده مُسْنَدًا! بل تفرّدت به النسخة الثانية مُعلّقًا وحسب!

أ- أمّا النسخة الأولى: فهي الممّزوجة بشرح أبي الفضل ركن الدين الكِرْمَانِي [ق ١٢٨/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب - والنسخة الثانية: هي الممّزوجة بشرح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِي [٢/ق ٢٠١/ب/ مخطوط مكتبة كوبرلي حافظ أحمد باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٤)].

(٣) وقع في سائر النسخ: «يزيد»! وهو تحريف، والصواب ما أثبتناه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٠٢٣]، أَخْبَرَنَا مَعْمَرٌ، وَالثَّوْرِيُّ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَوْ أَحَدَهُمَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ به.

قال البيهقي: «هو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد». يعني: منقطع. ورجّح أبو زرعة الرازي وقفه. ينظر: «السنن الكبرى» للبيهقي [٦/١٢٠]، و«الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٨٦].

(٦) وقع بالأصل: «فيطول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ، لِأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ: بَيْعُ الْمَنَافِعِ،

نهاية السالك

برُ الحسنِ في كتاب «الآثار»^(١)، في بابِ السَّوْمِ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ.

وَحَدَّثَ الْكَرْخِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى الْمُقْبِرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ [٢٩٠/٦ م]: «أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرَقُهُ»^(٢).

ومما سَمَحَ بِهِ خَاطِرِي فِي هَذَا الْمَقَامِ:

أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ جَفَافِ الْعَرَقِ ❦ كَذَا حَدِيثٌ مُسْنَدٌ مَا فِيهِ قَطُّ مِنْ قَلَقٍ وَقَدْ اتَّفَقَ فَقَهَاءُ السَّلَفِ عَلَى مِثْلِ مَا وَرَدَ بِهِ ظَاهِرُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مِنْ جَوَازِ عُقُودِ الإِجَارَاتِ عَلَى مَنَافِعِ الْأَبْدَانِ، وَالْعَقَارِ، وَالْعُرُوضِ.

قَوْلُهُ: (الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣).

قَالَ فِي «شرح الأقطع»^(٤): «هذا الذي ذكره صحيحٌ، وهي بخلافِ النِّكَاحِ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى اسْتِبَاحَةِ الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ»، يَعْنِي: لَا عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: «عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ، بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ، وَإِلَى مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ»، حَتَّى يَخْرُجَ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ التَّوْقِيتَ يُبْطِلُهُ.

أَوْ يُقَالَ: عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ، لَا لاسْتِبَاحَةِ الْبُضْعِ بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ.

(١) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٦٣٣/٢].

(٢) أخرجه: ابن عدي في «الكامل» [٢٣٠/٦]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [١٣/٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٢١/٦]، من طريق مُحَمَّدِ بْنِ عَمَّارٍ الْمُؤَدَّنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال ابنُ طاهر: «يُعرَفُ مُحَمَّدُ بْنُ عَمَّارٍ بِهَذَا، وَلَيْسَ بِالْمَحْفُوظِ». ينظر: «الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٨٦/٢].

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٢].

.....

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

قال الإمام الأسينجابي في «شرح الطحاوي»: «التمليك على ضربين: تمليك منفعة، وتمليك عين. وكل وجه على وجهين: إما أن يكون ببدل، أو غير بدل، فتمليك العين ببدل هو البيع، وتمليك العين بغير بدل هي الهبة والصدقة والوصية وما أشبه ذلك.

وأما تمليك المنفعة ببدل: فهي الإجارة، وتمليك المنفعة بغير بدل هي العارية [٢/٤٨٢ ط]. ثم عقد البيع عقد يُعقد على الإبهام، والتوقيت يُطله، وعقد الإجارة عقد على التوقيت والإبهام يُطله، وعقد الإجارة عقد معاوضة، لا يجوز حتى يُبين البدل من كلا الجانبين.

أما بيان المنفعة: فهو بإحدى معانٍ ثلاث: إما ببيان الوقت، وهو الأجل، وإما ببيان العمل، وإما ببيان المكان.

وأما بيان الأجرة: فإن كانت دراهم أو دنائير؛ فالشرط فيه بيان القدر، ويقع ذلك على نقد البلد، وإن كانت النقود مختلفة فإنه يقع على الغالب منها، وإن كانت الغلبة مختلفة؛ فإن الإجارة فاسدة ما لم يُبين نقداً منها، فإن بين جاز.

وإن كان الأجر كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً متقارباً؛ فالشرط فيه بيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة؛ فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء.

وعند أبي يوسف ومحمد: بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ولا يحتاج إلى بيان مكان الأجل، فإن بين الأجل جاز ويثبت.

وأما إذا كانت [٦/٢٩١ م] الأجرة ثياباً، أو عروضاً؛ فالشرط فيه بيان القدر، والأجل، والصفة لا تثبت ديناً في الذمة إلا من جهة السلم، فكان لثبوته أصل

 نهاية البيان

واحد، وهو السَّلَم، ولا يَجُوزُ إِلَّا على شرائطِ السَّلَم، بخلافِ الكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ؛ لأنَّ لثبوتيهما أصليَّين: القرضَ والسَّلَم.

والأجلُّ في القرضِ ليس بشرطٍ، فإنَّ بَيَّنَّ جاز كالسَّلَم، وإنَّ لم يُبيَّنْ جاز كالقرضِ، وفي هذا كله إذا كان دَيْنًا، أمَّا إذا كان عَيْنًا: فالإشارةُ فيه كافيةٌ، ولا يَحْتَاجُ إلى بيانِ القدرِ والوصفِ والأجلِّ.

وأمَّا إذا كان حيوانًا: فلا يَجُوزُ إِلَّا أن يَكُونَ مُعَيَّنًا، وأمَّا إذا كان بدلُهُ المَنَفَعَةُ، فإنه يُنْتَظَرُ: إن كان من جنسِهِ لَمْ يَجْزُ، كما إذا استأجرَ سُكْنَى دارٍ بِسُكْنَى دارٍ، أو استأجرَ رُكُوبَ دَابَّةٍ بِرُكُوبِ دَابَّةٍ؛ لأنَّ الجنسَ بانفراده يُحَرِّمُ النِّسَاءَ، وأمَّا إذا كان بخلافِ جنسِهِ فإنه يَجُوزُ، كما إذا استأجرَ سُكْنَى دارٍ بِرُكُوبِ دَابَّةٍ، فإنه يَجُوزُ^(١).
كذا في «شرح الطحاوي».

ثم اعلم: أن قولهم: «آجره الدار»، هل هو من بابِ الأفعالِ، أو من بابِ المفاعلة؟ فيه كلامٌ، والزَّمَخْشَرِيُّ جعله في كتابِ «مقدمة الأدب»^(٢) من البابين جميعاً^(٣).

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال المُطَرِّزِيُّ في «المغرب» قال: «الإِجَارَةُ: تمليكُ المَنَافِعِ بِعَوَضٍ، وفي اللُّغَةِ اسمٌ للأجرة، وهي كِرَاءُ الأجير، وقد آجره: إذا أعطاه أجرته، من بابي^(٤): طَلَبَ وضَرَبَ، فهو آجِرٌ، وذلك مأجورٌ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسَّيْبَجَانِي [ق/٢٨٥ - ٢٨٦].

(٢) مقدمة الأدب: كتاب شهير في اللغة للزَّمَخْشَرِيِّ. ألفه: لأبي المظفر أُنُسُ بْنُ خُوَارِزْمِ شَاه. وجعله على خمسة أقسام: الأول: في الأسماء. الثاني: في الأفعال. الثالث: في الحروف. الرابع: في تصرفِ الأسماء. الخامس: في تصرفِ الأفعال. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٧٩٨/٢].

(٣) ينظر: «مقدمة الأدب» [ص/١٩٣، ٢٢٦].

(٤) وقع بالأصل: «من باب». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

غاية البيان

وفي كتاب «العين»^(١): آجَرْتُ مملوكي ، أوجِرُهُ إيجارًا ؛ فهو مُؤَجَّرٌ .
وفي «الأساس»^(٢): آجَرَنِي دارَهُ فاستأجرْتُها ، وهو مُؤَجِرٌ ، ولا تَقُلْ : مُؤَاجِرٌ ،
فإنه خطأ وقبيحٌ .

قال^(٣) : وليس آجَرَ هذا بوزنِ فاعَلْ ، بل هو مِن أَفْعَلَ ، وإنما الذي هو مِن
فاعَلْ ، قولك : آجَرَ الأجيرَ مُؤَاجِرَةً ؛ كقولك : شاهرَهُ وعَاوَمَهُ .

وفي «المجمل»^(٤) : آجَرْتُ الرَّجُلَ مُؤَاجِرَةً ؛ إِذَا جَعَلْتَ لَهُ عَلَى فِعْلِهِ أُجْرَةً .
وفي بابِ أَفْعَلَ مِن «جامع الغوري»^(٥) : آجَرَهُ اللهُ : لَغَةً فِي آجَرَهُ ، وَآجَرَهُ مِن
الإِجَارَةِ ، وَفِي بَابِ فاعَلْ : آجَرَهُ الدَّارَ ، وَهَكَذَا فِي «ديوان الأدب والمصادر»^(٦) .
قال^(٧) : وَفِيهِ نَظَرٌ ، وَإِنَّمَا الصَّوَابُ مَا أُثْبِتَ فِي «العين» ، و«التهذيب»^(٨) ،
و«الأساس» : عَلَى أَنَّ مَا كَانَ مِن فاعَلٍ فِي مَعْنَى المَعَامَلَةِ ؛ كَالْمَزَارَعَةِ وَالْمِشَارَكَةِ ،
لَا يَتَعَدَّى إِلَّا إِلَى مَفْعُولٍ وَاحِدٍ ، وَمُؤَاجِرَةُ الأجيرِ مِنْ ذَلِكَ ، فَكَانَ حُكْمُهَا حُكْمَهُ ،

(١) ينظر: «كتاب العين» للخليل بن أحمد [١٧٣/٦] .

(٢) ينظر: «أساس البلاغة» للزمخشري [٢٢/١] .

(٣) أي: صاحب «أساس البلاغة» .

(٤) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٨٨] .

(٥) لعله يعني به: كتاب: «ديوان الأدب» لمحمد بن جعفر بن محمد أبي سعيد الغوري . قَالَ ياقوتُ
الحموي: «أحدُ أئمة اللغة المشهورين ، والأعلام في هذا الشأن المذكورين ، صَنَّفَ: «ديوان
الأدب» فِي عَشْرَةِ مجلدات ضخام . أَخَذَ كتاب الفارابي وزاد عليه فِي أبوابه ، وَأَبْرَزَهُ فِي أَبْهَى
أَنْوَابِهِ ، فَصَارَ أَوَّلَى بِهِ مِنْهُ ، لِأَنَّهُ هَذَّبَهُ ، وَزَادَ فِيهِ مَا زَيَّنَهُ وَحَلَّلَهُ . لَمْ أَعْرِفْ شَيْئًا مِنْ حَالِهِ فَأَذْكُرُهُ» .
ينظر: «معجم الأدباء» لياقوت [٢٤٧٥/٦] ، و«بغية الوعاة» للسيوطي [٧٠/١] .

(٦) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٢٣١/٤] .

(٧) أي: الْمُطَرِّزِيَّ ۞ .

(٨) ينظر: «تهذيب اللغة» للأزهري [١٢٣/١١] .

والقياس يأبى جوازَه؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وإضافة [١١٢ ط] التَّمْلِيكَ إِلَى مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَا جَوَّزْنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهِ الْأَثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرْقُهُ» وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» وَتَنْعَقِدُ سَاعَةٌ فَسَاعَةٌ عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ، وَالِدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَيْهَا لِإِزْتِبَاطِ

غاية البيان

وما تعاوَن فيه القياسُ والسمعُ أقوى مِنْ غيرِه.

فالحاصلُ [٤٨٣/٢]: أنك إذا قُلْتَ: آجَرَهُ الدَّارَ والمملوكُ؛ فهو مِنْ أَفْعَلَ لَا غَيْرَ، وَإِذَا قُلْتَ: آجَرَ الْأَجِيرَ؛ كَانَ مُوجَّهًا، وَأَمَّا قَوْلُهُمْ [٢٩١/٦ ط/م]: آجَرْتُ مِنْكَ هَذَا الْحَانُوتَ شَهْرًا، فزِيَادَةُ «مِنْ» فِيهِ عَامِيَّةٌ، وَاسْمُ الْفَاعِلِ مِنْ نَحْوِ آجَرَهُ الدَّارَ: مُؤَجِّرٌ، وَالْآجَرُ فِي مَعْنَاهُ غَلَطٌ، إِلَّا إِذَا صَحَّحَتْ رَوَايَتُهُ عَنِ السَّلَفِ، فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ نَظِيرَ قَوْلِهِمْ: مَكَانٌ عَاشِبٌ، وَبَلَدٌ مَاجِلٌ، فِي مَعْنَى: مُعْشِبٌ وَمُجِلٌ، وَاسْمُ الْمَفْعُولِ مِنْهُ: مُؤَجَّرٌ لَا مُؤَاجِرٌ، وَمِنْ الثَّانِي: مُؤَجَّرٌ وَمُؤَاجِرٌ، وَمَنْ قَالَ: وَاجَرَ^(١)؛ فَعُذِرُهُ أَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى يُؤَاجِرُ، وَهُوَ ضَعِيفٌ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْمَغْرَب».

قَوْلُهُ: (وَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ)، أَي: جَوَازَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ؛ لَكُونِ الْمَنَافِعِ مَعْدُومَةً فِي الْحَالِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الْأَثَارُ)، مِثْلُ قَوْلِهِ ﷺ: «أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرْقُهُ»^(٣). وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (وَتَنْعَقِدُ سَاعَةٌ فَسَاعَةٌ عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ)، اعْلَمْ: أَنَّ عَقْدَ

(١) وقع بالأصل: «مؤاجر». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س». وهو الموافق لما وقع في: «المغرب».

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [٢٨/١ - ٢٩].

(٣) مضى تخريجه.

بِإِحْدَى دَتَقُونِ ، ثُمَّ عَمْدُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا حَالًا وَجُودٍ
سَعَةً.

غاية البيان

لِأَنَّ حُرَّةَ يَتَعَقَّدُ بِإِقَامَةِ الدَّارِ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ الْإِنْعِقَادِ ، لَا فِي حَقِّ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّ
سَبَبَ يَتَخَرُّ إِلَى حَدُوثِ الْمَنْفَعَةِ ، فَعَلَى حَسَبِ حَدُوثِ الْمَنَافِعِ يَتَعَقَّدُ سَاعَةً فَسَاعَةً .
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته : حَالَةُ الْعَقْدِ يَتَبَيَّنُ الْمِلْكُ فِي الْمَنَافِعِ الَّتِي سَتَحْدُثُ بِإِقَامَةِ
سَبَبٍ مَعْدُومَةٍ ، وَيُجْعَلُ الْمَنَافِعُ مَوْجُودَةً تَقْدِيرًا ^(١) ، وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً حَقِيقَةً ^(٢) .

يَبَانُ مَا قُلْنَا : هُوَ أَنَّ الْعَقْدَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَحَلٍّ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ شَرْطُ صِحَّةِ الْعَقْدِ ؛
لَنْ نَعْتَوِدَ لَا تَصَحُّ بِلا مَحَلٍّ ، وَلِهَذَا قَالَ الْفُقَهَاءُ : الْمَحَالُّ شَرْطٌ .

وَمَحَلُّ الْعَقْدِ هُنَا : هِيَ الْمَنَافِعُ ، وَهِيَ مَعْدُومَةٌ ، فَلَا يَصْلُحُ الْمَعْدُومُ مَحَلًّا لِلْعَقْدِ ،
فَجَبَّتِ الدَّارُ مَحَلًّا لِلْعَقْدِ بِإِقَامَتِهَا مَقَامَ الْمَنَافِعِ الَّتِي سَتُوجَدُ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ مَحَلُّ الْمَنَافِعِ
تَحْبِيحًا لِلْعَقْدِ ، حَتَّى يَرْتَبِطَ الْكَلَامَانِ ؛ وَهُمَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ
عَلَى وَجْهِ يَكُونَانِ عِلَّةً صَالِحَةً فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ ، وَهِيَ مِلْكُ الْمَنَافِعِ الَّتِي سَتُوجَدُ .

وَالْحَرَادُ مِنَ انْعِقَادِ الْعِلَّةِ سَاعَةً فَسَاعَةً فِي كَلَامِ مَشَايخِنَا - عَلَى حَسَبِ حَدُوثِ
حَقِّقَةٍ : هُوَ عَمَلُ الْعِلَّةِ وَتَفَادُهَا فِي الْمَحَلِّ سَاعَةً فَسَاعَةً ، لَا ارْتِبَاطُ الْإِيجَابِ
بِتَقْبُولِ كُلِّ سَاعَةٍ ، وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُ كَلَامِ مَشَايخِنَا يُؤْهِمُ ذَلِكَ ، وَالْحُكْمُ تَأَخَّرَ مِنْ
مَقَامِ انْعِقَادِ الْعِلَّةِ إِلَى حَدُوثِ الْمَنَافِعِ سَاعَةً فَسَاعَةً ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَابِلٌ لِلتَّرَاخِيهِ ؛
كَدَى فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ .

وَقَسَّرَ بَعْضُ مَشَايخِنَا عَلَى وَجْهِ آخَرَ فَقَالَ : اللفظانِ الصَّادِرَانِ مِنْهُمَا - مُضَافَتَيْنِ

(١) وَهَذِهِ الْخِلَافُ : تَظْهَرُ عِنْدَ قَوْلِهِ : الْأَجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : «ج» ، وَ«م» ، وَ«س» .

(٢) يَنْظُرُ : «الْمَهْذَبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ [٢٤٤/٢] . وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ

[١٧٦ د] ، وَ«النَّجْمُ الرَّوَّاجُ فِي شَرْحِ الْمَنْهَاجِ» لِلدَّمِيرِيِّ [٣٢٠/٥] .

وَلَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً؛

﴿ هَايَةَ السَّبَابِ ﴾

إلى محلِّ الْمَنْفَعَةِ وهو الدَّارُ - صَحًّا كَلَامًا، وهو عَقْدٌ بَيْنَهُمَا؛ إِذِ الْعَقْدُ فِعْلُهُمَا، وَلَا فِعْلٌ يَصْدُرُ مِنْهُمَا بِسِوَى تَرْتِيبِ الْقَبُولِ عَلَى الْإِيجَابِ، ثُمَّ الْإِنْعِقَادُ حُكْمُ الشَّرْعِ [م/٢٩٢/٦] يَثْبُتُ وَصْفًا لِكَلَامَيْهِمَا شَرْعًا.

وَالْعِلَّةُ الشَّرْعِيَّةُ مُغَايِرَةٌ لِلْعِلَلِ الْعَقْلِيَّةِ، فَإِنِهَا يَجُوزُ أَنْ تَنْفَكَّ عَنْ مَعْلُولَاتِهَا، فَجَازَ أَنْ يُقَالَ: الْعَقْدُ وَجَدَ، وَأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ كَلَامَيْهِمَا، وَالْإِنْعِقَادُ تَرَاخِيٌّ إِلَى وَجُودِ الْمَنَافِعِ سَاعَةً فَسَاعَةً، بِخِلَافِ الْعِلَلِ الْعَقْلِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْإِنْكَسَارَ لَا يَصِحُّ انْفِكَائَهُ عَنِ الْكُسْرِ.

فَإِنْ قُلْتُ: يَلْزَمُ عَلَى مَا قُلْتُمْ تَبْدِيلُ الْحَقِيقَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْعَقْدِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّكُمْ أَقَمْتُمْ الدَّارَ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْدُومَةِ الَّتِي هِيَ مَحَلُّ الْعَقْدِ حَقِيقَةً.

قُلْتُ: تَبْدِيلُ الْحَقِيقَةِ فِيمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله، لَا فِيمَا قُلْنَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَنَافِعَ الْمَعْدُومَةَ حَقِيقَةً مَوْجُودَةً تَقْدِيرًا، وَنَحْنُ أَقَمْنَا مَحَلَّ الْمَنَافِعِ - وَهُوَ الدَّارُ - مَقَامَ الْمَنَافِعِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ بِإِعْتِبَارِ شَرْطِهِ، وَإِقَامَةُ شَيْءٍ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي مُرَاعَاةِ شَرْطِ الْعَقْدِ لَيْسَ بِتَبْدِيلِ الْحَقِيقَةِ، بَلْ هُوَ تَبْدِيلُ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ مُضَافَةٍ إِلَى مَا يُثْمِرُ نَحْيَهُ الْعَامَ.

ثُمَّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ: عِلَّةٌ اسْمًا لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ، وَمَعْنَى لِكُونِهِ مُؤَثِّرًا فِيهِ، لَا حُكْمًا لِتَرَاخِيِ الْحُكْمِ عَنْهُ.

قَوْلُهُ: (وَلَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً [٢/٨٣، ط]، وَالْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

أَمَّا الْأَجْرَةُ: فَلَمَّا رَوَيْنَا قَبْلَ هَذَا عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلَهُ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالََةِ الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ فِي الْبَيْعِ.

وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ ثَمَنٌ

غَايَةُ الْبَيَانِ

قَالَ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرُهُ»^(١).

وَأَمَّا الْمَنَافِعُ: فَلِأَنَّهَا مَعْقُودٌ عَلَيْهَا، وَجَهَالَتُهُ تُفْسِدُ الْعَقْدَ؛ لِإِفْضَائِهَا إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ، وَكَذَا جَهَالَةُ الْأَجْرَةِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ لِهَذَا الْمَعْنَى، فَصَارَ جَهَالَةُ الْمَنَافِعِ وَالْأَجْرَةِ هُنَا كَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ فِي بَابِ الْبَيْعِ.

قَوْلُهُ: (لِمَا رَوَيْنَا)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرُهُ»^(١)، وَيَصْلُحُ هَذَا الْحَدِيثُ دَلِيلًا لَاشْتِرَاطِ إِعْلَامِ الْأَجْرَةِ بِعِبَارَتِهِ، وَلَا شَرَطَ إِعْلَامِ الْمَنَافِعِ بِدَلَالَتِهِ.

أَمَّا الْعِبَارَةُ: فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الدَّلَالَةُ: فَلِأَنَّ الْأَجْرَةَ مَعْقُودٌ بِهَا، وَالْمَنَافِعُ مَعْقُودٌ عَلَيْهَا، وَالْأَصْلُ فِي الْعَقْدِ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، لَا الْمَعْقُودُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ، فَكَانَ اشْتِرَاطُ الْإِعْلَامِ فِي التَّبَعِ لِرَفْعِ الْجَهَالَةِ، مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَقْصُودِ اشْتِرَاطٍ لَهُ فِي الْأَصْلِ، وَهُوَ مَقْصُودٌ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ.

قَوْلُهُ: (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ؛ كَالثَّمَنِ فِي بَابِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنَافِعِ، فَمَا صَلَحَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا ثَمَّةً؛ صَلَحَ أَنْ يَكُونَ بَدَلُ الْمَنَافِعِ هُنَا.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ بْنِ الْبَغْدَادِيِّ فِي «شَرْحِهِ»: «وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ

(١) مَضَى تَخْرِيجُهُ.

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

الْمَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ الْمَبِيعِ. وَمَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أَجْرَةً أَيْضًا كَالْأَعْيَانِ.

❦ نهاية البيان ❦

الْحَدُّ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ غَيْرُهُ^(١)، يُبَيِّنُ ذَلِكَ: أَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَكُونُ أَثْمَانًا، وَتَكُونُ أَجْرَةً، وَإِنَّمَا ذَكَرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْغَالِبُ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُهُ.

يعني: ما ذكره الْقُدُورِيُّ مُطَرِّدٌ، وليس بمنعكسٍ، وأراد بالأعيان: ما لم يَكُنْ مِثْلِيًّا كَالْحَيَوَانِ، ثم الحيوان إنما يَصْلُحُ أَجْرَةً إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ رَوَيْنَا تَمَامَ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا عَنْ «شرح الطحاوي».

وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره» في الفرق بين المبيع والثلْمَنِ: «ما يتَّعَيَّنُ فِي الْعَقْدِ فَهُوَ مَبِيعٌ، وما لم يتَّعَيَّنْ فَهُوَ ثَمَنٌ، إِلَّا أَنْ يَقَعَ عَلَيْهِ لَفْظَةُ الْبَيْعِ»^(٣).

قال الفراء: «الْثَمَنُ ما كان في الذمَّة»، فالدراهم والدنانير أثمانٌ أَبَدًا، لَا تَتَّعَيَّنُ بِالْعَقْدِ عَلَى أَصُولِ أَصْحَابِنَا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الذمَّةِ، وَالْأَعْيَانُ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ مَبِيعَةٌ أَبَدًا، وَالْمَكِيلَاتُ، وَالْمَوْزُونَاتُ، وَالْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَقَارِبَةُ بَيْنَ مَبِيعٍ وَثَمَنِ، فَإِنْ قَابَلَتْهَا الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ؛ فَهِيَ مَبِيعَةٌ أَيْضًا.

وإِنْ كَانَ فِي مَقَابَلَتِهَا عَيْنٌ: فَإِنْ كَانَتْ الْمَكِيلَاتُ وَالْمَوْزُونَاتُ مُعَيَّنَةً؛ فَهِيَ مَبِيعَةٌ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ: فَإِنْ اسْتُعْمِلَتْ اسْتِعْمَالُ الْأَثْمَانِ؛ فَهِيَ ثَمَنٌ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِكَذَا كَذَا حِنْطَةً وَيَصِفُ.

وإِنْ اسْتُعْمِلَتْ اسْتِعْمَالُ الْمَبِيعِ: كَانَ سَلَمًا^(٤)، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ مِنْكَ كَذَا حِنْطَةً بِهَذَا الْعَبْدِ؛ فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ إِلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ، وَالْفُلُوسُ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ

(١) وقع بالأصل: «غير». والمثبت من: «ن»، «و»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «و»، «س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٣٠٠/١/ق].

(٣) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرمانى [٤٩/ق].

(٤) وقع بالأصل: «كان مبيعاً». والمثبت من: «ن»، «و»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «و»، «س».

وَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صِلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ .

وَالْمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ ، كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى ،
وَالْأَرْضِينَ لِلزَّرَاعَةِ ، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْ مُدَّةٍ كَانَتْ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ
إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إِذَا كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتْ .

غاية البيان

والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين^(١) . كذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرماني في
«الإيضاح» .

قوله : (وَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صِلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ) ، أي : لَفْظُ الْقُدُورِيِّ بِقَوْلِهِ : «وَمَا
جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً»^(٢) ، لَا يَنْفِي أَنْ يَجُوزَ أُجْرَةً مَا لَا
يَكُونُ ثَمَنًا ؛ كَالْحَيَوَانَ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا .

قوله : (وَالْمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ ، كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى ،
وَالْأَرْضِينَ لِلزَّرَاعَةِ ، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْ مُدَّةٍ كَانَتْ) ، وَهَذَا لَفْظُ
الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣) .

لَمَّا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً [٢٩٣/٦ م] ؛
شَرَعَ يَذْكُرُ كَيْفَ تُعْلَمُ الْمَنَافِعُ ، فَقَالَ : تَارَةً [٤٨٤/٢ م] تُعْلَمُ بَبَيَانِ الْمُدَّةِ ، وَتَارَةً تُعْلَمُ
بِنَفْسِ الْعَقْدِ بِمَجَرَّدِ التَّسْمِيَةِ ، وَتَارَةً تُعْلَمُ بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ ، وَالْكُلُّ مَذْكُورٌ إِلَى
آخِرِ الْبَابِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّارَ إِذَا اسْتُؤْجِرَتْ لِلسُّكْنَى ، وَبَيَّنَّ مُدَّةَ السُّكْنَى شَهْرًا ، أَوْ
سَنَةً ، أَوْ أَكْثَرَ ؛ كَانَ قَدْرُ الْمَنَافِعِ [مَعْلُومًا فَصَحَّ الْعَقْدُ ، وَكَذَا إِذَا اسْتُؤْجِرَتْ الْأَرْضُ
لِلزَّرَاعَةِ سَنَةً أَوْ أَكْثَرَ ، جَازَ لَكُونِ الْمَنَافِعِ] ^(٣) مَعْلُومَةً ، ثُمَّ الْمُدَّةُ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ
خَاصٌّ ، بَلْ تَجُوزُ الْإِجَارَةُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، طَالَتْ أَوْ قَصُرَتْ .

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [٤٩/ق] .

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١] .

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

وَقَوْلُهُ: أَيُّ مُدَّةٍ كَانَتْ . إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتْ الْمُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً ، وَلِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، إِلَّا أَنَّ فِي الْأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ ؛ كَيْلَا يَدَّعِي الْمُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ الْمُخْتَارُ .

غاية البيان

وَقَالَ فِي «شرح الأقطع»^(١): «قال الشافعي رحمه الله في أحد أقاويله: لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ ، وَمَا زَادَ عَلَى السَّنَةِ فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ مَا شَاءَ ، وَالْآخَرُ: لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةً»^(٢) .

وَلَنَا: أَنَّهَا مُدَّةٌ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ أَجَلًا فِي الدِّيُونِ ، فَجَازَ أَنْ تَكُونَ أَجَلًا فِي الْإِجَارَةِ كَالسَّنَةِ ، وَلِأَنَّهَا مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ ، فَجَازَتْ الْإِجَارَةُ عَلَيْهَا كَالسَّنَةِ .

قَالُوا: صَحَّةُ الْإِجَارَةِ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا مَعْدُومَةٌ ، وَإِنَّمَا جُوزَتْ لِلْحَاجَةِ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَى سَنَةٍ فِي الزَّرَاعَةِ ، وَلَا حَاجَةَ فِيمَا وَرَاءَ السَّنَةِ .

قُلْنَا: تَعْلِيلُكُمْ بِجَوَازِ الْإِجَارَةِ بِالْحَاجَةِ مَتَى صَحَّ وَجَبَ أَنْ يَطْرُدَ ، وَيَجُوزُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْحَاجَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّكُمْ لَا تَقُولُونَ بِالِاسْتِحْسَانِ .

عَلَى أَنَّا نَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْحَاجَةَ مُتَّفِقَةٌ فِيمَا وَرَاءَ السَّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلْفَرَسِ ، أَوْ لِلزَّرَاعَةِ ، رُبَّمَا يَكُونُ مُحْتَاجًا إِلَى سِنِينَ ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى ، رُبَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَسْكُنَ فِيهَا سِنِينَ ؛ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ التَّحَوُّلُ عَنْهَا إِلَى غَيْرِهَا كُلِّ سَنَةٍ ، فَلَمَّا تَحَقَّقَ الْحَاجَةُ ؛ بَطَلَ مَا قَالُوا .

وَفِي أَحَدِ أَقَاوِيلِ الشَّافِعِيِّ: يَخْتَصُّ جَوَازُ الْإِجَارَةِ بِثَلَاثِينَ سَنَةً .

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣٠٣] .

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٦/٢٠٥] ، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣] ، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٩٦] .

قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَنْعِ ثَوْبِهِ أَوْ خِبَاطَتِهِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا، أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَاهَا؛

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

لَنَا: أَنْ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِينَ، جَازَ أَنْ يَكُونَ أَجَلًا فِي الدِّيُونِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ أَجَلًا فِي الْإِجَارَةِ كَالثَّلَاثِينَ، وَتَخْصِيصُ الثَّلَاثِينَ لَا مَعْنَى لَهُ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ الْمُجَوِّزَةَ لِلْإِجَارَةِ تَشْمَلُ جَمِيعَ الْمُدَّةِ.

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»: (إِلَّا أَنْ فِي الْأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ)، وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سَنِينَ، وَذَلِكَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (يَجُوزُ طَالَتْ الْمُدَّةُ، أَوْ قَصُرَتْ)، وَلِلْمَشَايِخِ كَلَامٌ فِي إِجَارَةِ الْوَقْفِ.

قَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «الْمُتَوَلَّى إِذَا آجَرَ دَارَ الْوَقْفِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، إِنْ كَانَ الْوَقْفُ شَرْطَ فِي صَكِّ الْوَقْفِ إِلَّا تَوَاجَرَ أَكْثَرَ مِنْ [٢٩٣/٦ ط/م] سَنَةٍ؛ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ شَيْئًا جَازَ مِقْدَارَ سَنَةٍ إِلَى ثَلَاثِ سَنِينَ. كَذَا اخْتَارَهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ أَبُو حَفْصٍ ^(١) الْكَبِيرُ: فِي الضُّيَاعِ يَجُوزُ قَدْرُ ثَلَاثِ سَنِينَ، وَفِي غَيْرِ الضُّيَاعِ لَا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ.

وَقَالَ الْقَاضِي الْإِمَامُ عَلِيُّ السَّغْدِيُّ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَفْعَلَ، وَلَوْ فَعَلَ صَحَّتِ الْإِجَارَةُ ^(٢).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَنْعِ ثَوْبِهِ أَوْ خِبَاطَتِهِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا، أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَاهَا)، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣).

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «أَبُو جَعْفَرٍ». وَالْمُثَبَّتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) يَنْظُرُ: «خُلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبُخَارِيِّ [٢١٨/ق].

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

لأنَّهُ إِذَا بَيَّنَّ الثَّوبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدَّرَهُ وَجِنْسَ الْخِيَاطَةِ وَالْقَدَرَ الْمَحْمُولَ وَجِنْسَهُ وَالْمَسَافَةَ صَارَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَصَحَّ الْعَقْدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الْإِجَارَةُ قَدْ

شَايَةَ الْبَيَانِ

وقوله: (بِنَفْسِهِ)^(١)، أي: بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وفي بعضِ نُسخِ «المختصر»: «وتارة تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالتَّسْمِيَةِ»^(٢)، أي: تَصِيرُ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً بِمَجَرَّدِ التَّسْمِيَةِ، بدونِ ذِكْرِ الْمَدَّةِ، كما إذا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَقْدَارًا مَعْلُومًا، مَسَافَةً مَعْلُومَةً، أو اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا مَسَافَةً مَعْلُومَةً، وهو المرادُ بقوله: (مَسَافَةً سَمَاهَا).

فَعَنْ هَذَا عَرَفْتُ^(٣): أَنْ قَوْلَهُ: (مَسَافَةً)، يَتَعَلَّقُ بِالْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ جَمِيعًا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا عَيَّنَّ الثَّوبَ الَّذِي يُصْبَغُ، وَلَوْنَ الثَّوبِ بِأَنَّهُ أَحْمَرٌ أَوْ نَحْوُهُ، وَقَدَّرَ الصَّبْغَ إِذَا كَانَ مِمَّا يَخْتَلِفُ، وَعَيَّنَّ الْقَدَرَ الْمَحْمُولَ عَلَى الدَّابَّةِ كَمَثَلِ مَنْ^(٤) وَنَحْوِهَا، وَبَيَّنَّ جِنْسَهُ وَسَمَّى الْمَسَافَةَ، بِأَنْ يَقُولَ: إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا [٤٨٤/٢ ط]؛ صَارَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً لَا مُحَالَةً، فَصَحَّ الْعَقْدُ.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَرُبَّمَا يُقَالُ: الْإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْعَمَلِ، كَاسْتِئْجَارِ الْقَصَّارِ وَالْخِيَاطِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا، وَذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْوَقْتِ).

- (١) لَمْ تَرَ هَذَا اللَّفْظَ فِي شَيْءٍ مِنْ نُسخِ: «مختصر القدوري» المطبوعة والمخطوطة التي في حوزتنا! وقد نظرنا في جملة من شروحه وحواشيه المطبوعة (كالخلاصة، واللباب، والجوهرة، والتصحيح، والتنقيح، وغيرها)، وكذا في جملة من شروحه المخطوطة (كشرح خواهر زاده والزاهدي، والأسبجيابي والكادوري، والأقطع) فلم نَرِ أصحابها قد أشار إلى ما ذكره المؤلف هنا!
- (٢) هذا هو لفظ المطبوع «مختصر القدوري»، وكذا هو المثبت في جملة من نُسخه وشروحه الخطية.
- (٣) وقع بالأصل: «فعن عرفت هذا». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».
- (٤) المَنْ (وهي لغة تميم بالتشديد) والمَنَا (على وزن عَصَا): كَيْلٌ معروف يُكَالُ بِهِ السَّمْنُ وغيره، أو ميزان مقداره رطلان، ويثنى على: مَنَوَانٍ وَمَنِيَانٍ وَمَنَانٍ، والجمع: أَمْنَاءٌ وَأَمْنَانٌ وَأَمْنٍ وَمِئِيٍّ وَمِئِيٍّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

رَكُوزٌ عَقْدًا عَلَى الْعَمَلِ كَأَسْتَجَارِ الْقَصَارِ وَالْحَبَاطِ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ
مَعْنُومًا وَذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ ،

عنه تدر

وهذا الذي ذكره صاحب «الهداية» : إشارة إلى تقسيم صاحب «التحفة»
غيره : «الإجارة نوعان : إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال ، فكل نوع
شروط وأحكام» .

فما الإجارة على المنافع : فكإجارة الثور ، والمنزل ، والحوانيت ، والضياء ،
وعبيد الخدمة ، والذواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي للنس ، والأواني
والخروف للاستعمال ، فالعقد في ذلك كله جائز .

وشروط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومة ، والأجرة معلومة ، والمدة
معلومة يوم أو شهر أو سنة ؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع ، وإعلام المبيع ، والتمن
شرط في البيع ، فكذلك هاهنا ، إلا أن الموقوف عليه ههنا هو المنافع ، فلا بد من
علامتها بالمدة ، والعين الذي عقد عليه الإجارة على منفعه .

وأما الإجارة على الأعمال [٢٩٤ : ١] : فكاستئجار الإسكاف ، والقصار ،
والصباغ . وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من حمل الأشياء من
موضع إلى موضع ونحوه ، وهو نوعان : استئجار الأجير المشترك ، أو الأجير
الخاص الذي يسمى أجير الوحد ، فالأجير المشترك كاسمه ، وهو الذي يقبل
لأعمال من الناس ، كالصباغ والقصار ونحوهما ، وأجير الوحد كاسمه ، وهو الذي
يعمل للواحد مدة معلومة^(١) .

فالأول : أن يعمل لهم جميعاً ، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل

(١) وقع بالأصل : «الواحد معلوم» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» . وهو الموافق
لما وقع في : «التحفة» .

تَكُونُ [١١٣/و] عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْوَقْتِ.

غاية البيان

لغيره، وفي أَجِيرِ الْوَحْدِ: ليس له ذلك، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَهُ، ثم أَحْكَامُهُمَا تَخْتَلِفُ فِي بَعْضِ الْأَشْيَاءِ، وَتَتَّفِقُ فِي الْبَعْضِ، فَأَجِيرُ الْوَحْدِ لَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْعَيْنِ الَّتِي تُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِلْعَمَلِ فِيهَا.

كما إذا اسْتَأْجَرَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا قَصَارًا، أَوْ خِيَّاطًا؛ لِيَعْمَلَ لَهُ لَا غَيْرَ، حَتَّى لَوْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ لَا بِصُنْعِهِ؛ لَا يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ، وَكَذَا لَوْ تَخَرَّقَتْ بِصُنْعِهِ الَّذِي هُوَ مِنَ الْعَمَلِ الْمَأْذُونِ فِيهَا.

فَأَمَّا الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ: فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا، وَالْعَيْنُ الَّتِي فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

وعلى قولِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ: تَكُونُ مَضْمُونَةً لَوْ هَلَكَتْ بِغَيْرِ صُنْعِهِ، إِلَّا إِذَا هَلَكَتْ لِحَرْقٍ غَالِبٍ، أَوْ لَغَرَقٍ غَالِبٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

ولو تَخَرَّقَتْ بِصُنْعِ مَعْتَادٍ، بَأَنْ دَقَّ دَقٌّ مِثْلِهِ، أَوْ أَلْقَاهَا فِي النَّوْرَةِ فَاحْتَرَقَتْ، أَوْ الْمَلَّاحُ إِذَا غَرَقَتِ السَّفِينَةُ مِنْ عَمَلِهِ، وَالْحَمَّالُ إِذَا سَقَطَ وَفَسَدَ الْحَمْلُ، أَوْ الرَّاعِي الْمُشْتَرِكُ إِذَا سَاقَ الدَّوَابَّ، فَضَرَبَ بَعْضُهَا بَعْضًا فِي حَالِ سِيَاقِهِ، حَتَّى هَلَكَتْ؛ تَكُونُ مَضْمُونَةً عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمَنُ^(١)، وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ^(٢). كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»، وَالباقِي يُعْلَمُ فِيهَا.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ^(٣))، وَلَنَا فِيهِ

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٢٨/٧]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٦٧/٤]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣٤٧/٢ - ٣٤٨].

(٣) قال العيني: وفي بعض النسخ: «بالأجير الواحد» والأول أصح. ينظر: «البنية شرح الهداية» [٢٣٠/١٠].

قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَرَاهُ مَا يَنْقُلُهُ وَالْمَوْضِعَ الَّذِي يُحْمَلُ إِلَيْهِ كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَصَحَّ الْعَقْدُ.

غاية البيان

نَظَرُ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ أَجِيرِ الْوَحْدِ أَيْضًا عَقْدٌ عَلَى الْعَمَلِ، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ فِيهَا بَيَانُ الْمَدَّةِ، وَلِهَذَا جَعَلَهُ صَاحِبُ «التَّحْفَةِ» أَحَدَ نَوْعِيِ اسْتِئْجَارٍ عَلَى الْأَعْمَالِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ آنَفًا. فَلَوْ قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»: وَقَدْ يَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ؛ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ وَنَحْوِهَا؛ كَانَ أَوْلَى.

وَأَجِيرُ الْوَحْدِ: بِالْإِضَافَةِ، أَي: أَجِيرُ الْمُسْتَأْجِرِ الْوَاحِدِ، وَلَا لَامَ فِي الْمُضَافِ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ، أَي: الْمَشْتَرِكِ فِيهِ، فَإِنَّ الْمَشْتَرَكَ صِفَةُ الْأَجِيرِ، فَلَا بُدَّ [٢/٤٨٥هـ] مِنَ اللَّامِ فِيهِ، وَيَجُوزُ تَحْرِيكُ الْحَاءِ مِنَ الْوَحْدِ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى الْوَاحِدِ أَيْضًا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ [٦/٢٩٤ظ/م])، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا أَشَارَ إِلَى الطَّعَامِ الْمَحْمُولِ وَقَالَ: احْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِكَذَا، وَسَمَّى الْمَسَافَةَ وَقَالَ: إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا؛ كَانَ قَدَّرَ الْمَنْفَعَةَ مَعْلُومًا، فَصَحَّ الْعَقْدُ بِدُونِ ذِكْرِ الْمَدَّةِ.

ثُمَّ اعْلَمْ: أَنَّ الْقُدُورِيَّ ﷺ ذَكَرَ أَوَّلًا اشْتِرَاطَ إِعْلَامِ الْمَنَافِعِ وَالْأُجْرَةِ جَمِيعًا لَصِحَّةِ الْإِجَارَةِ، ثُمَّ ذَكَرَ إِعْلَامَ الْمَنَافِعِ كَيْفَ تَكُونُ، وَلَمْ يُبَيِّنْ إِعْلَامَ الْأُجْرَةِ، وَتَبِعَهُ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» فِي الْاِقْتِصَارِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا نَحْنُ قَبْلَ هَذَا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ عَنْ «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ».

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

غاية البيان

فإن كان الأجر من النقدين فيشترط بيان القدر، ويقع على نقد البلد، وإن كان كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً؛ فيشترط بيان القدر والصفة ومكان الإيفاء أيضاً عند أبي حنيفة إذا كان له حمل ومؤنة.

وإن كان ثوباً أو عرضاً؛ فيشترط بيان القدر والصفة والأجل، وإذا كان عيناً كفت الإشارة في جميع ذلك، وإن كان حيواناً يجوز إذا كان عيناً، وإن كان منفعة: فإن كان من جنس المستأجر لم يجز، وإن [كان]^(١) بخلاف الجنس، جاز كالركوب والسكنى.

والله أعلم بالصواب، وإليه المآب.



(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

بَابُ الْأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ

قَالَ: الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدٍ مَعَانٍ ثَلَاثَةً: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

غاية البيان

بَابُ الْأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ

لَمَّا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً، ذَكَرَ هُنَا وَقْتُ وَجوبِ الْأُجْرَةِ وَاسْتِحْقَاقِهَا، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ فَقَالَ: (الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ)، أَي: لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهَا وَأَدَاؤُهَا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، بَلْ تَسْتَحَقُّ بِأَحَدٍ مَعَانٍ ثَلَاثَةً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدٍ مَعَانٍ ثَلَاثَةً: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: تُمْلِكُ الْأُجْرَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ^(٢).

وَفَائِدَةُ هَذَا الْخِلَافِ: مَا ذَكَرَهُ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمِ فِي «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ»^(٣): وَهُوَ أَنَّ يَثْبُتَ لِلْمُؤْجِرِ وَلَايَةُ الْمَطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِهَا فِي الْحَالِ، وَلَوْ كَانَتِ الْأُجْرَةُ عَبْدًا - وَهُوَ قَرِيبُهُ - لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٣].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٣٠/٨]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٥١/٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٤/٥].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً حُكْمًا ضَرُورَةً تَصْحِيحِ الْعَقْدِ فَيُثْبِتُ الْحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ الْبَدَلِ.

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: تُمْلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ حَتَّى يَثْبُتَ لِلْأَجْرِ وَلَايَةُ الْمَطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِهَا فِي الْحَالِ، وَلَوْ كَانَتْ الْأَجْرُ عَبْدًا - وَهُوَ قَرِيبُهُ - يَعْتَقُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا قَبْلَ هَذَا: أَنَّ الدَّارَ قَائِمَةٌ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ الْإِنْعِقَادِ، لَا فِي حَقِّ الْمِلْكِ عِنْدَنَا.

أَمَّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: فَالْمِلْكُ فِي الْمَنَافِعِ يَثْبُتُ حَالَةَ الْعَقْدِ بِإِقَامَةِ الدَّارِ مَقَامَهَا، وَقَدْ مَرَّ تَحْقِيقُ الْكَلَامِ.

وَلَنَا: مَا رَوَيْنَا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ عَنْ «الصَّحِيحِ الْبُخَارِيِّ»: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم: قَالَ: «قَالَ اللَّهُ [٦/٢٩٥ م] ﷺ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ» ^(١).

وَجَهُّ الاسْتِدْلَالِ بِهِ: أَنَّهُ ذَمَّهُ عَلَى تَأْخِيرِ الْأَجْرِ بَعْدَ الْعَمَلِ، وَلَوْ كَانَتْ الْأَجْرُ تَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ؛ لَذَمَّهُ عَلَى التَّأْخِيرِ مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِالْعَقْدِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأَوَّهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٦]، فَأَوْجِبَ الْأَجْرَةَ بَعْدَ الرِّضَاعِ.

وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا: قَوْلُ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ [٢/٤٨٥ ط]: «أَعْطِيَ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرْقُهُ» ^(١)، وَهَذِهِ حَالُ فَرَاغِهِ مِنَ الْعَمَلِ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ فِي مَقَابِلَةِ مَنْفَعَةٍ، فَلَا يُسْتَحَقُّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ كَالرَّبْحِ فِي الْمُضَارَبَةِ، وَلَا يَلْزَمُ الْمَهْرُ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَنَا فِي مَقَابِلَةِ مِلْكِ الْإِبَاحَةِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ

ولنا: أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بيننا، والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر، وإذا استوفى المنفعة ثبتت الملك في الأجر بتحقيق التسوية. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل؛ لأن المساواة أثبتت حقاً له وقد أبطله.

غاية البيان

الدخول لا يسقط المهر، ولو كان في مقابلة المنافع لسقط؛ لأنه لم يوجد الانتفاع^(١)، كما لو تلفت العين المستأجرة، ولأن الإجارة عقد معاوضة، وقضيتها المساواة بين المتعاقدين في الملك، ثم المستأجر لم يملك المنافع بعد؛ لأنها معدومة، فلا يملك المؤجر الأجرة أيضاً تحقيقاً للمعادلة بينهما، بخلاف ما إذا عجلت الأجرة من غير شرط، أو شرط التعجيل؛ لأنه أسقط حقه في استحقاق المعادلة.

احتج الخصم: بأنه عوض في عقد يتعجل^(٢) بالشرط، فجاز أن يتعجل بمطلق العقد كالثمن في البيع.

والجواب: أنه لا يمتنع أن يستحق بالشرط، ولا يستحق عند الإطلاق كنقد غير البلد، والخيار في البيع والتأجيل في الثمن يثبتان بالشرط، وعند الإطلاق لا يثبتان، والمعنى في الثمن أنه بمقابلة المبيع، فملكه المشتري جملة، ويملك البائع الثمن أيضاً جملة، فوجب على المشتري تسليم الثمن، والأجرة بمقابلة المنافع، ولا يمكن تسليم المنافع جملة؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، فكذاك العوض لا يستحق تسليمه جملة واحدة.

قالوا: عقد معاوضة لا يملك كل واحد من المتعاقدين فسحاً من غير عذر،

(١) وقع بالأصل: «لانتفاع». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «بتعجيل». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

غاية البيان

فَوَجَبَ أَنْ يُسْتَحَقَّ الْعَوَضُ فِيهِ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ كَالنِّكَاحِ .

قلنا: يَنْتَقِضُ بِالمُسَاقَاةِ فَإِنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَا يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخَهُ ، وَلَا يُسْتَحَقُّ الْعَوَضُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ .

والمعنى في الأصل: أَنَّهُ يُسْتَحَقُّ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يَسْتَوْفِ الْمَنَافِعَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَادَتِ الْمَنَافِعُ إِلَيْهَا [٢٩٥/٦ ظ/م] كَمَا كَانَتْ ، بِأَنَّ طَلْقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ ؛ يُسْتَحَقُّ نَصْفُ الصَّدَاقِ ، فَدَلَّ [عَلَى] ^(١) أَنَّ حُكْمَهُ أَكْثَرُ ، وَلَيْسَ يَقِفُ وَجُوبُهُ عَلَى قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّ الدَّارَ لَوْ هَلَكَتْ تَرَدُّ الْأَجْرُ ، وَلَوْ عَادَتِ الْمَنَافِعُ إِلَيْهِ بِالْفَسْخِ لَا يُسْتَحَقُّ النِّصْفُ ، فَضَعُفَ حُكْمُهَا ، فَلَمْ يُسْتَحَقَّ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ .

يُوضَّحُهُ: أَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْ تَسْمِيَةِ الْعَوَضِ فِي النِّكَاحِ ، أَوْ نَفَاهُ ؛ يَثْبُتُ لِتَأْكُدهِ ، وَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ .

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ ؛ يَلْزَمُ الْاِفْتِرَاقُ عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

قلنا: لَوْ صَحَّ ذَلِكَ لَزِمَ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ ، فَلَمَّا جاز التَّفَرُّقُ مِنْ غَيْرِ تَقَابُضٍ ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ دَيْنًا بِدَيْنٍ ؛ بَطَلَ مَا قَالُوا ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْنَا صَحَّةُ الْإِبْرَاءِ عَنْ الْأَجْرَةِ وَالْكَفَالَةِ وَالرَّهْنِ بِهَا .

لِأَنَّا نَقُولُ: ذَاكَ بِنَاءٌ عَلَى وَجُودِ السَّبَبِ ، فَصَارَ كَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ بَعْدَ وَجُودِ الْجَرْحِ ، وَالبَاقِي يُعْلَمُ فِي «الْأَسْرَارِ» ، وَنُسَخِ «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» ^(٢) .

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «و»، «غ»، «و»، «س» .

(٢) يعني: يُنْظَرُ فِي الْكُتُبِ الَّتِي عُنِيَتْ بِذِكْرِ طَرِيقَةِ الْخِلَافِ . وَيَنْظَرُ مِنْهَا: «طَرِيقَةُ الْخِلَافِ» لِلْعَلَاءِ

السمرقندي [ص/٣٦٣ - ٣٦٥] .

وَإِذَا قَبِضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ الْمَنْفَعَةِ لَا يَتَصَوَّرُ فَأَقَمْنَا تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ مَقَامَهُ إِذِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ .

﴿ هاية البيان ﴾

قوله: (وَإِذَا قَبِضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا) ، هذا لفظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(١) ، إِلَّا أَنَّ الْقُدُورِيَّ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بَعْدَ قَوْلِهِ: «وَالْوَاجِبُ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ: أَجْرُ الْمِثْلِ ، لَا يَتَجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى» ، وَذَكَرَهَا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ أَنْسَبُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا وَجُوبَ الْأَجْرِ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهَذَا ذَكَرَ وَجُوبَهَا بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْاسْتِيفَاءِ ؛ لِأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ بِاسْتِيفَائِهِ تَجِبُ بِالتَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ .

وَلَكِنْ إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ صَحِيحَةً ، فَإِذَا كَانَتْ فَاسِدَةً ؛ لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِمَجْرَدِ التَّمَكُّنِ مِنَ الْاسْتِيفَاءِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْأَجْرِ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ الَّتِي تَحْدُثُ مِنْهَا الْمَنَافِعُ فِي مَدَّةِ الْإِجَارَةِ ، لَا تَسْلِيمَ الْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ الْمَنْفَعَةِ لَا يَتَصَوَّرُ ، فَقَامَ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ .

وَلَكِنْ يُعْتَبَرُ التَّسْلِيمُ عَلَى وَجْهِ يُمْكِنُ [٤٨٦/٢] الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، وَقَدْ تَحَقَّقَ التَّسْلِيمُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، فَمَتَى تَحَقَّقَ التَّسْلِيمُ الْمُسْتَحَقُّ ؛ وَجَبَ الْأَجْرُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، كَمَا إِذَا قَبِضَ الْمَبِيعُ^(٢) وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ .

قَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الطحاوي»: «وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ لِيَرْكَبَهَا ، فَذَهَبَ بِهَا وَلَمْ يَرْكَبَهَا ، وَلَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهَا شَيْئًا ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْأَجْرُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا ، فَسَلَّمَ الْمُؤْجِرُ الْمِفْتَاحَ إِلَيْهِ ، وَمَضَتْ الْمَدَّةُ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْأَجْرُ عَلَيْهِ ، سَكَنَ الدَّارَ [٢٩٦/٦] أَوْ لَمْ يَسْكُنْ ، إِلَّا إِذَا مَنَعَهُ مَانِعٌ مِنَ السُّلْطَانِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَأَخْرَجَهُ وَلَمْ يُمْكِنَ دَفْعُهُ عَنْهَا ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ عَلَيْهِ»^(٣) .
إِلَى هَذَا لَفْظُهُ ﷺ .

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤] .

(٢) وقع بالأصل: «قبض المنتفع» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبجابي [ق/٢٨٧] .

•••••
 نهاية البيان

وقال في «شرح الأقطع»^(١): «قال أصحابنا: إذا استأجر دابةً إلى الكوفة فسلمها المؤجر، وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدةً يُمكنه المسير فيها إلى الكوفة، فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة، ولم يركبها حتى مضت مدةً يُمكنه المسير فيها إلى الكوفة؛ فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها؛ وجبت الأجرة».

وقال الشافعي رحمه الله: تجب الأجرة في الوجهين^(٢).

دليلنا: أن العقد وقع على مسافة، فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل، كما لو وقع على مدة فسلم في غيرها، فإنه لا يستحق البدل.

فإن قيل: إن المستأجر قبض العين المستأجرة، وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها، فوجب أن تستقر الأجرة عليه. أضله: إذا استأجرها شهراً للركوب.

قيل له: التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه؛ كالتمكن من الاستيفاء في غير المدة، فلا يستقر به البدل.

والمعنى في الأصل: أن العقد وقع على المدة، وفي مسألتنا وقع العقد على العمل.

وفرق ما بينهما: كما لو استأجر رجلاً لخياطة ثوب، أو استأجره يوماً للخياطة^(٣).

والحاصل: أن هنا قيوداً لوجوب الأجرة:

- (١) ينظر: شرح مختصر القدوري للأقطع [١/ق/٣١٥].
- (٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٤٣٩]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٧٣ - ١٧٤].
- (٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣١٥].

.....

غاية البيان

أحدها: التمكن من الاستيفاء في المدة حتى إذا لم يتمكن من استيفاء منافع، أو تمكن في غير المدة؛ لا يجب الأجر.

والثاني: أن تكون الإجارة صحيحة.

ألا ترى إلى ما قال في «تتمة الفتاوى»: «لا يجب الأجر في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة، وإنما يجب بحقيقة الاستيفاء، بخلاف الإجارة الصحيحة، فإن الأجرة فيها تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة، ثم في الإجارة الفاسدة.

وإنما يجب الأجر بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الأجر، أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الأجر، لا يجب الأجر وإن استوفى المنفعة»^(١). ونقله عن بيوع «الجامع الكبير» في باب متصل بالباب الطويل.

والثالث: أن يكون التمكن من الاستيفاء في الموضع الذي أضيف إليه العقد، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر آنفاً.

وقال شمس الأئمة البيهقي: «إذا وقعت الإجارة مطلقاً؛ كان ابتداء المدة غيب العقد متوالياً، وعند الشافعي رحمه الله: لا يكون غيب العقد إلا بالشرط»^(٢)، فإن ترك الشرط يفسد؛ لأنه ليس بعض المدد بأولى من البعض، كما لو أوجب صوم شهر.

ولنا: قصد الصحة والفائدة، ولا صحة إلا على هذا الوجه؛ لأن أحدهما يقول: أسلم في مدة كذا، وهو يقول: لا بل في مدة كذا، فيؤدي إلى منازعة مانعة

(١) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [١١٢/ق].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٠٧/٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٦٩/٤].

و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٤٦/٢].

غاية البيان

[٢٩٦/٦ م] من التَّسْلِيمِ أو التَّسَلُّمِ ، ولهذا نَجْعَلُهَا متواليةً ؛ لئلاَّ تصيرَ مجهولةً فيؤدِّي إلى هذا .

فإنَّ حَدَثَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ مانعٌ مِنَ الانتفاعِ ، بأنَّ غُصْبَ العَيْنِ ، أو حَدَثَ به عَيْبٌ يَمْنَعُ مِنَ الانتفاعِ ، أو الزرعُ يَنْقَطِعُ عنه الشَّرْبُ^(١) والرحا يَنْقَطِعُ ماؤه [٢٩٦/٢ ط] ، تَسْقُطُ الأجرةُ بِقَدْرِهِ ، ويلزِمُ فيما اسْتَوْفَى ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ تُمْلِكُ حالاً فحالاً على حسبِ الوجودِ ، فإذا تَعَذَّرَ المِلْكُ والتَّسْلِيمُ في البعضِ ؛ لا يَجِبُ البَدْلُ بِقَدْرِهِ ، كما في المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ . كذا في «الكفاية» .

وقال في «خلاصة الفتاوى» : «إذا آجَرَ داراً وسَلَّمَهَا فارغةً إلا بيتاً ؛ كان مشغولاً بمتاع الآجِرِ ، أو سَلَّمَ إليه جميعَ الدارِ ، ثم انتزعَ بيتاً منها مِنْ يَدِهِ ؛ رُفِعَ عن الأجرِ بِحِصَّةِ البيتِ ، ولكن بِشَرْطِ التَّمَكُّنِ مِنَ اسْتِيفَاءِ المَنَافِعِ في المَدَّةِ التي وَرَدَ عليه العقدُ في المكانِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ .

فأمَّا إذا لم يَتَمَكَّنْ مِنَ الاستيفاءِ أصلاً ، أو تَمَكَّنَ مِنَ الاستيفاءِ في المَدَّةِ في غيرِ المكانِ الَّذِي أُضِيفَ إليه العقدُ ، أو تَمَكَّنَ مِنَ الاستيفاءِ في المكانِ الَّذِي أُضِيفَ إليه العقدُ خارجَ المَدَّةِ ؛ لا يَجِبُ الأجرُ ، حتَّى إنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً يوماً للركوبِ ، فحَبَسَهَا المُسْتَأْجِرُ في منزله ولم يَرْكَبْهَا حتَّى مَضَى اليومُ ، فإنَّ اسْتَأْجَرَهَا للركوبِ في المَصْرِ ؛ يَجِبُ عليه الأجرُ ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الاستيفاءِ في المكانِ الَّذِي أُضِيفَ إليه العقدُ ، وإنَّ اسْتَأْجَرَهَا للركوبِ خارجَ المَصْرِ ؛ لا يَجِبُ الأجرُ إذا حَبَسَهَا في المَصْرِ ؛ لعدمِ تَمَكُّنِهِ مِنَ الاستيفاءِ في المكانِ الَّذِي أُضِيفَ إليه العقدُ .

فإنَّ ذَهَبَ بالدَّابَّةِ إلى ذلك المكانِ في اليومِ ولم يَرْكَبْ ؛ يَجِبُ ، وإنَّ ذَهَبَ

(١) الشَّرْبُ - بكسر الشين - : الحَظُّ مِنَ الماءِ . وعَرَفَهُ بعضهم : بكونه النصيبِ مِنَ الماءِ للأراضي وغيرها . وقد تقدم التعريف بذلك .

قَالَ: فَإِنْ غَضَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ؛ سَقَطَتِ الْأَجْرَةُ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وَانْقَسَخَ الْعَقْدُ فَسَقَطَ الْأَجْرُ، وَإِنْ وَجَدَ الْغَضَبُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ سَقَطَ بِقَدْرِهِ إِذَا الْإِنْفِسَاخُ فِي بَعْضِهَا.

غاية البيان

بني ذلك المكان خارج المصير بعدما مضى اليوم بالدابة ولم يركب؛ لا يجب^(١). كذا في «الخلاصة».

ونقل فيها أيضاً عن «النوازل»: «استأجر دابةً إلى مكة فلم يركب، بل مشى رجلاً، إن كان بغير علة في الدابة؛ فعليه الأجر، وإن كان لعلّة في الدابة، أو مرض بها بحيث لم يقدر على الركوب؛ لا أجر عليه، وإن استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدائني فوضعه في بيته، ولم يلبسه، فمضى سنون؛ كان عليه بكل يوم دائن إلى الوقت الذي يعلم أنه لو لبسه لا يتخرق».

فإذا مضى وقت يعلم أنه لو لبسه يتخرق؛ سقط عنه الأجر؛ لأنه بعدما مضى ذلك الزمان لم يمكن جعل الثوب منتفعاً به تقديراً، فيسقط عنه الأجر، كالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس، وليست ثوب نفسها، إذا مضى وقت لو لبسه لبساً معتاداً [٢٩٧/٦ م] يتخرق؛ كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى، وإلا فلا^(٢).

قوله: (فإن غصبها غاصب من يده؛ سقطت الأجرة)، هذا لفظ القُدوري في «مختصره»^(٣)، أي: غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر في جميع المدّة؛ سقطت الأجرة؛ وذلك لأن استحقاق الأجرة: إذا لم يوجد التعجيل، إمّا باستيفاء المنافع أو بالتمكّن من الاستيفاء، ولم يوجد الاستيفاء والتمكّن منه

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣١٥/ق].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٣١٥/ق].

(٣) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٠٤].

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا، فَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ؛ لِأَنَّهُ مَنفَعَةٌ

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

أَصْلًا؛ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ، هَذَا إِذَا غُصِبَتْ فِي جَمِيعِ الْمَدَّةِ، فَإِنْ غُصِبَتْ فِي بَعْضِهَا سَقَطَتِ الْأُجْرَةُ بِقَدْرِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْمَنفَعَةِ بِذَلِكَ الْقَدْرِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا، فَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ بِالْعَقْدِ»^(١).

قَالَ فِي «شرح الأقطع»: «وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُطَالِبُهُ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ، وَلَوْ كَانَتْ مِئَةَ سَنَةٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلًا»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُهُ ﷺ.

وَجْهٌ قَوْلُهُ: أَنْ جَمِيعَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَمْ يَصِرْ مُسَلِّمًا، فَلَا يُطَالِبُهُ بِبَدَلِهِ، كَمَا فِي بَيْعِ الْعَيْنِ، وَكَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ خِيَّاطًا لِيَخِيطَ لَهُ ثَوْبًا، فَخَاطَ بَعْضَهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ مَا لَمْ يَفْرُغْ مِنَ الْعَمَلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَّ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ؛ مِثْلُ: أَنْ يَقُولَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ بِكَذَا سَنَةً، عَلَى أَنْ تُعْطِيَ [٢/٤٨٧] الْأُجْرَةَ بَعْدَ شَهْرَيْنِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ تَعْجِيلِ الْأُجْرَةِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، فَيَجِبُ بَدَلُهُ تَحْقِيقًا لِلْمُعَادَلَةِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ تَجِبَ الْأُجْرَةُ حَالًا فَحَالًا، كَمَا لَوْ قَبِضَ بَعْضَ الْمَبِيعِ وَاسْتَهْلَكَهُ، إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فَأَوْجَبُوا الْأُجْرَةَ يَوْمًا فَيَوْمًا؛ لِأَنَّ إِيْجَابَ التَّسْلِيمِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ يُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ وَالضَّرَرِ؛ لِأَنَّهُ كَمَا يَفْرُغُ مِنْ تَسْلِيمِ أُجْرَةِ سَاعَةٍ؛ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ أُجْرَةِ سَاعَةٍ أُخْرَى عَلَى التَّوَالِي، فَيَقَعُ الْحَرَجُ لَا مُحَالَةً، وَهُوَ مَدْفُوعٌ شَرْعًا.

فَقُدِّرَتِ الْمَطَالِبَةُ بِيَوْمٍ فَيَوْمٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ يَوْمٍ مَقْصُودٌ بِالِانْتِفَاعِ، وَأُخِذَ الْبَدَلُ عَنْهُ

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/١٠٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٩].

مَقْصُودَةٌ إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ بِالْعَقْدِ ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّاجِيلِ وَكَذَلِكَ
إِجَارَةُ الْأَرْضِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا .

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ ، فَلِلْجَمَالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأَجْرَةِ كُلِّ مَرَحَلَةٍ ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

لَا يُقْضَى إِلَى الضَّرَرِ ، بخلافِ الْخِيَاطِ ، فَإِنَّ الثَّوبَ فِي يَدِهِ بَعْدُ ، وَلَمْ يَصِرْ مِنْهُ شَيْءٌ
مُسْلَمًا إِلَى الْمَالِكِ ، فَلِهَذَا لَمْ يَسْتَحَقَّ الْأَجْرَ مَا لَمْ يَفْرُغْ مِنَ الْعَمَلِ ^(١) .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني في «شرح الكافي»: «وَأَجَرُ الدَّارِ
وَالْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ أَجْرِ الْحُمُولَةِ ، يَأْخُذُ مِنَ الْأَجْرِ بِحَسَابِ ذَلِكَ مَا يَجِبُ لَهُ يَوْمًا
بِيَوْمٍ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ الْيَوْمِ لَا حَدَّ لَهُ ، فَتَعَذَّرَ التَّقْدِيرُ بِهِ ، فَقَدَّرْنَاهُ بِالْيَوْمِ ، وَإِذَا اشْتَرَطَ
فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْوُجُوهِ تَعَجُّيلُ [٢٩٧/٦ م] الْأَجْرِ [أَوْ تَأْخِيرُهُ] ^(٢) ، فَهُوَ عَلَى مَا
اشْتَرَطَهُ ؛ لِمَا أَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْ قَضِيَّةِ الْمَعَادِلَةِ وَرِعَايَتِهَا لِحَقِّهِ ، فَمَلَكَ الْإِعْرَاضَ .

قوله: (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الْأَرْضِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا) ، يعني: إِذَا آجَرَ الْأَرْضَ يُطَالِبُهُ
بِأَجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ ؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، فَإِذَا بَيَّنَّ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ ، فَلَا يُطَالِبُهُ إِلَّا فِي
ذَلِكَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّاجِيلِ فِي الْأَجْرَةِ .

قوله: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ ، فَلِلْجَمَالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأَجْرَةِ كُلِّ مَرَحَلَةٍ) ،
هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣) .

قال في «شرح الأقطع»: «هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة رحمته الله الثاني ، وكان
قوله الأول: أَلَّا يُطَالِبَهُ حَتَّى يَعُودَ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رحمته الله» ^(٤) .

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢] ، «بدائع الصنائع» [٧٢/٤ ، ٧٣] ، «تبيين الحقائق» [١٣٤/٥] ، [١٣٥] .

(٢) ما بين المعقوفتين: فِي الْأَصْلِ: «وَتَأْخِيرُهُ» ، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «م» ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا نُقِلَ عَنِ الْأَتْقَانِيِّ
فِي حَاشِيَةِ الشُّلْبِيِّ عَلَى «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» [١٠٨/٥] .

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٣] .

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٩] .

سِيرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ عليه السلام يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ الْمَنَافِعِ

غاية البيان

وقال صاحب «الهداية»: (وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ عليه السلام يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ)، وفيه إشارة إلى أن ما ذكره القُدُورِيُّ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام ثانيًا^(١).

وقال بعضهم في «شرحه»: إن ما ذكره القُدُورِيُّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِمُطَالِبَةِ الْأَجْرِ فِي كُلِّ مَرْحَلَةٍ هُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ، وَنَقَلَهُ عَنْ «مبسوط شمس الأئمة»^(٢) و«الإيضاح»^(٣).

ثم قال: «وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ -: لَمْ يُقَدَّرْ بِتَقْدِيرٍ، بَلْ قَالَ: كُلَّمَا سَارَ مَسِيرًا؛ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ شَيْءٌ مَعْرُوفٌ؛ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ عليه السلام».

فأقول: نسبة ما ذكره القُدُورِيُّ إِلَى الْكَرْخِيِّ عَجِيبٌ جَدًّا، فَإِنَّ الْكَرْخِيَّ عليه السلام قَدْ نَصَّ فِي «مختصره»: أَنَّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَخِيرُ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ قَالَ فِي «مختصره»: «وقال أبو حَنِيفَةَ عليه السلام: فِيمَا لَهُ وَقْتُ يُطَالِبُهُ بِأَجْرَةٍ كُلِّ يَوْمٍ يَمْضِي مِنْ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْمَسَافَةِ عَلَى قَدَرِ مَا قَطَعَ عَنْهَا فِيمَا يُمَكِّنُ تَحْصِيلَ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ».

وقال أبو يَوْسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام فِي الَّذِي يَكْتَرِي إِلَى مَكَّةَ: لِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْأَجْرَةِ يَوْمًا بِيَوْمٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَخِيرُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ عليه السلام أَيْضًا.

وقال أبو يَوْسُفَ فِي الدُّورِ وَالْمَنَازِلِ: إِذَا اسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ شَيْئًا مِنْهَا شَهْرًا بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَجْرَةَ إِلَّا إِذَا مَضَى شَهْرٌ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ قَبْلَ ذَلِكَ،

(١) ينظر: «المبسوط» [٢٣/١٦، ٢٤]، «بدائع الصنائع» [٦٥/٤]، «تبين الحقائق» [١٠٩/٥]،

[١١٠]، «الجوهرة النيرة» [٣٤٥/١]، «نتائج الأفكار» [٧٦/٩].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٩/١٦].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [١٣٠/ق].

في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها، كما إذا [١١٣/ظ] كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة

غاية البيان

روى ذلك عنه ابن سماعه، وبشر بن الوليد، وعلي بن الجعد رضي الله عنه.

وروي عنه في الذي استأجر إبلاً إلى مكة: أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف، وقال: استحسن ذلك في الشقة [٤٨٧/٢] البعيدة.

وقال زفر رضي الله عنه: إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم، أو كل سنة بمئة درهم، فليس له أن يأخذ من الأجر شيئاً حتى يمضي شهر في قوله: في كل شهر، وحتى تمضي سنة في قوله: كل سنة.

فإن استأجر أرضاً عشر سنين بألف درهم؛ لم يكن [٢٩٨/٦] له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضي المدة، وكذلك قال في الكراء إلى مكة ذاهباً وجائياً: إنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب ويجيء.

وهذا قول أبي حنيفة الأول، وهو قول أبي يوسف رضي الله عنه، رواه محمد رضي الله عنه في «الأصول»، وما في «الإملاء» فهو عندي قوله^(١) الأخير؛ لأنه قال: في رمضان سنة إحدى وثمانين ومئة، وهذا قبل موته بشهور^(٢). إلى هنا لفظ الكرخي في «مختصره».

وأراد بقوله: «وما في الإملاء». ما روي عن أبي يوسف: أنه لا يأخذ الأجر حتى يسير الثلث أو النصف.

وقال القُدوري في كتاب «التقريب»: «قال أبو حنيفة: إذا استأجر إبلاً إلى مكة؛ لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع، وهو قول زفر رضي الله عنه، ثم رجع أبو حنيفة رضي الله عنه فقال:

(١) أي: قول أبي يوسف الأخير.

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرمانى [١٣٠/ق].

لِتَحَقِّقَ الْمُسَاوَاةَ، إِلَّا أَنَّ الْمُطَالِبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلَى أَلَّا يَتَفَرَّغَ لِغَيْرِهِ
فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، فَقَدَرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا.

غاية البيان

كلما سار مرحلة طالبه بقدره، وهو قولهما». إلى هنا لفظ كتاب «التقريب».

وقال في «المختلف» في باب زُفَرَ: «قال أبو حنيفة أولاً - وهو قول زُفَرَ -:
إذا استأجر إبلًا إلى مكان ذاهبًا وراجعًا؛ ليس للمؤاجر أن يطلب بعض الأجرة
حتى يرجع، وكذا قالوا في إجارة الدار والعبد للخدمة، ثم رجع أبو حنيفة
وقال: كلما سار سيرًا له [من الأجر] ^(١) شيء معلوم؛ فله أن يأخذ حصته، وكذا
في سكنى الدار وخدمة العبد». إلى هنا لفظ «المختلف» ^(٢).

وقال في «شرح الطحاوي»: «ثم الأجرة لا تخلو: إمَّا أن تكون معجلة، أو
مؤجلة، أو منجمة، أو مسكوتًا عنها.

فأما إذا كانت معجلة: فإنه يملكها، وله أن يطالب بها؛ لأنهما هكذا شرطًا،
قال ^(٣): «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» ^(٣).

وأما إذا كانت مؤجلة: فليس له أن يطالبه بها ما لم يمضِ الأجل.

وأما إذا كانت منجمة: فإنه يطالبه بها عند كل نجم.

والمنجم: هو أن يشترط في كل موضع كذا، فإذا مضى نجم تجب عليه
الأجرة التي شرط فيه.

وإن كانت مسكوتًا عنها: فإن أبا حنيفة كان يقول أولاً: لا يطالبه ما لم يستوف

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لما وقع في:
«المختلف».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦١٢/٣].

(٣) مضى تخريجه.

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْخِيَاطِ وَالْقَصَّارِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ الْعَمَلِ؛

غاية البيان

الْمَنْفَعَةُ كُلُّهَا. ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: يُطَالِبُهُ عِنْدَ مُضِيِّ كُلِّ يَوْمٍ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ «شرح الطحاوي» للإمام الأَسْبِجَابِيِّ.

وَجْهٌ قَوْلِ زُقَرٍّ: مَا قُلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الدَّارِ، وَهُوَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ - وَهُوَ جَمْلَةُ الْمَنَافِعِ - لَمْ تَكُنْ مُسَلَّمَةً، فَلَا يَجِبُ بِدَلِّهَا، كَمَا لَمْ تَجِبْ أَجْرَةُ الْخِيَاطِ مَا لَمْ يَفْرُغَ^(٢).

يُؤَيِّدُهُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، أَمَرَ بِدَفْعِ الْأَجْرِ بَعْدَ الْإَرْضَاعِ.

وَوَجْهٌ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يَوْسَفَ رحمته الله مِنْ قَوْلِهِ الْأَخِيرِ: أَنَّ النِّصْفَ أَوْ الثَّلْثَ قَدْرٌ مَقْصُودٌ فِي الْمَسَافَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يُفْرِدُ هَذَا الْقَدْرَ بِالْكِرَاءِ [٢٩٨/٦ ط/م]، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى حَالٍ آخَرَ، فَصَارَ حُكْمُ هَذَا الْقَدْرِ حُكْمَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَخِيرِ: أَنَّ كُلَّ مَرَحَلَةٍ سَيْرٌ مَقْصُودٌ لَا تَشُقُّ الْمَطَالِبَةُ بِيَدِهَا، فَصَارَ كُلُّ مَرَحَلَةٍ هُنَا كَالْيَوْمِ فِي إِجَارَةِ الدَّارِ، فَثَمَّةَ يُطَالِبُ بِأَجْرِهِ كُلِّ يَوْمٍ، فَكَذَا هُنَا، بِخِلَافِ مَا دُونَ مِنَ الْأَجْزَاءِ؛ لِأَنَّ الْمَطَالِبَةَ بِهِ تُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ وَالضَّرَرِ، بَحِثْ لَا يَتَفَرَّغُ الْمُسْتَأْجِرُ لغير ذلك.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْخِيَاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ الْعَمَلِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّعْجِيلَ»، وَذَلِكَ لِأَنَّ خِيَاطَةَ بَعْضِ الثَّوبِ وَقِصَّارَتَهُ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ، فَمَا لَمْ يَفْرُغْ مِنَ الْعَمَلِ وَيُسَلِّمْ إِلَى صَاحِبِهِ؛ لَا يَجِبُ لَهُ شَيْءٌ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ، فَإِنَّ الْأَجْرَةَ حِينَئِذٍ تُسْتَحَقُّ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيِّ [ق/٢٨٦].

(٢) ينظر: «البنية شرح الهداية» [١٠/٢٣٧].

لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ فَلَا يُسْتَوْجَبُ بِهِ الْأَجْرُ ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يُسْتَوْجَبُ الْأَجْرُ قَبْلَ الْفَرَاغِ

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الْمَعَادِلَةِ ، فَلَوْ هَلَكَتِ الْعَيْنُ الْمَعْمُولُ فِيهَا : فَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ الْمَعْمُولُ فِيهَا فِي يَدِ الْأَجِيرِ ، وَلَعَمَلِهِ [٢/٤٨٨هـ] أَثَرٌ كَالْخِيَاطَةِ وَالْقَصَّارَةِ ؛ فَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بِتَسْلِيمِ ذَلِكَ الْأَثَرِ .

ولو هلكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فِي يَدِهِ سَقَطَ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَعَمَلِهِ أَثَرٌ كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ؛ فَكَمَا فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ يَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ الْعَيْنَ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ : الْمَنْفَعَةُ وَنَفْسُ الْعَمَلِ ، فَإِذَا انْتَهَتْ إِلَيْهِ الْمَدَّةُ وَقَدْ فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ ؛ صَارَ مُسَلِّمًا ، فَلَا يَسْقُطُ الْأَجْرُ بِالْهَلَاكِ بَعْدَهُ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْعَيْنُ الْمَعْمُولُ فِيهَا فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنْ فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْأَجْرِ كَمَا فَرَّغَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْرُغْ يَسْتَحِقُّ بِقَدْرِ عَمَلِهِ . كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»^(١) .

فَعَنْ هَذَا : عَرَفْتَ أَنَّ مَعْنَى مَا قَالَهُ الْقُدُورِيُّ رحمته الله : مَا إِذَا كَانَ الْخِيَاطُ يَعْمَلُ فِي بَيْتِ نَفْسِهِ ، أَمَّا إِذَا كَانَ يَعْمَلُ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ عَمَلِهِ ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «كُلُّ مَنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ فِي شَيْءٍ ، أَوْ عَمِلَ لَشَيْءٍ ، وَذَلِكَ الشَّيْءُ فِي يَدِهِ ؛ مِثْلُ : الصَّبَّاحِ ، وَالْخِيَاطِ ، وَالْقَصَّارِ ، وَالصَّائِغِ ، وَالنَّجَّارِ ، وَالْإِسْكَافِ وَسَائِرِ الصَّنَاعِ ؛ فَعَمَلُهُ ذَلِكَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ مَا دَامَ فِي يَدِهِ بِالْأَجْرِ الْمُسَمَّى لَهُ ؛ لَا يَبْرَأُ مِنْهُ إِلَّا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْهُ حَتَّى هَلَكَ ؛ بَطَلَ أَجْرُهُ ، وَيَكُونُ الْعَمَلُ مَضْمُونًا بِالْأَجْرِ ، كَالْبَيْعِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالثَّمَنِ»^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ .

(١) ينظر : «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٤٨٣] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٥] .

غاية البيان

وقال أيضاً في «مختصره»: «وإذا استأجر رجلاً لبني له بناءً في داره، أو بما هو في يده، أو يعمل له سابطاً، أو جناحاً، أو يحفر له في ذلك بئراً، أو قناةً، أو نهراً، أو ما أشبه ذلك، فعمله [٢٩٩/٦ م] العامل فلم يفرغ منه حتى انهدم البناء، أو انهار البئر، أو سقط السابط؛ فله أجر ما عمل بحصته؛ ذلك لأن ذلك قد صار في يد المستأجر قبل هلاكه، وهذا قول أصحابنا جميعاً رحمهم الله».

فإن استأجر على عمل شيء من ذلك في غير ملكه، ولا ما هو في يده؛ فلا أجر له حتى يفرغ ويُسَلَّم إليه، أراه الموضع الذي يعمل فيه أو لم يره، وهذا قول محمد رحمهم الله إذا أراه الموضع أو لم يره، وقال الحسن: إذا أراه فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده، وإذا لم يره فلا يكون مسلماً حتى يخلي بينه وبينه ^(١). إلى هنا لفظ الكرخي.

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمهم الله في «شرح الكافي» الذي هو «مبسوطه» - في باب متى يجب الأجر للعامل -: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل؛ فإن أبا حنيفة رحمهم الله قال: لا أجر له ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يُسَلَّم العمل إلى رب ^(٢) الثوب، وكذلك سائر الصناعات بأيديهم.

وأما في قول من يضمن الأجير المشترك، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له، وهو قول أبي يوسف ومحمد الأول.

الأصل في هذا الباب: أن الأجير المشترك لا يضمن إلا ما جنت يده عند أبي حنيفة رحمهم الله.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٥٩/ق].

(٢) وقع بالأصل: «إلى رد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

غاية البيان

وعندهما: يَضْمَنُ ما حَصَلَ في يَدِهِ بِصُنْعِهِ ، أو بغيرِ صُنْعِهِ^(١).

بناءً على أَصْلٍ ، وهو أَنَّ الحَفْظَ هل هو واجبٌ عليه بقَضِيَّةِ عَقْدِ الإِجَارَةِ؟

فعندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : العملُ واجبٌ بقَضِيَّتِهِ دونَ الحَفْظِ .

وعندهما: الحَفْظُ والعملُ .

هما يَقُولانِ: بأنَّ الحاجةَ كما تَمَسُّ إلى العملِ ، تَمَسُّ إلى الحَفْظِ ؛ لأنَّ حَفْظَ الثوبِ مطلوبُ المالكِ ، فإذا تَلَفَ الثوبُ في يَدِهِ ؛ كان مضافاً إلى تقصيره في الحَفْظِ ، فيَكُونُ مَضْمُوناً عليه ، كما لو تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ .

وأبو حَنِيفَةَ رحمته الله يَقُولُ: المُسْتَحَقُّ بالعقدِ ما عَقِدَ العقدُ لأجلِهِ ، وأنه عَقِدَ لأجلِ العملِ لا الحَفْظِ ، فكان الثوبُ في يَدِهِ أمانةً ، والأمانةُ إذا هَلَكَتْ مِنْ غيرِ صُنْعِهِ لا يُؤَاخِذُ بِضَمَانِهَا ، ولا يَسْتَحَقُّ الأجرَ ؛ لأنه يَجِبُ في مُقَابِلَةِ [٤٨٨/٢] العملِ ، وإنما يَصِيرُ العملُ مُسَلِّماً إلى المُسْتَأْجِرِ بتسليمِ محلِّه ، ولم يُوجَدِ ، فصار كَهَلَاكِ المَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إلى المُشْتَرِي ، وثَمَّةٌ لا يَجِبُ الثَّمَنُ كذلك ههنا .

ثم عندهما: إذا ضَمَّنَهُ إن شاء ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الثوبِ مقصوداً ، وأعطاه الأجرَ ؛ لأنه قد سَلَّمَ العملَ إلى المالكِ ، وحدثتْ بِفِعْلِهِ زيادةٌ في الثوبِ ، فكان عليه الأجرُ ، وعلى الأجيرِ ضَمَانُ الزيادةِ معَ الأَصْلِ ، وإن شاء ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الثوبِ ، ولم يَأْخُذْ أَجْرَ القِصَارَةِ ؛ لأنه هَلَكَ العملُ قَبْلَ وصولِ [٢٩٩/٦] العملِ إلى يَدِ المُسْتَأْجِرِ حَقِيقَةً ، فأشبهه هَلَاكَ المَبِيعِ قَبْلَ القبضِ .

ولو لم يَهْلِكِ الثوبُ وأراد صاحِبُهُ أخْذَهُ ؛ كان لِلصَّانِعِ منْعُهُ حتى يُوفِيَهُ أَجْرَهُ ؛ لأن هذا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فكانتِ المعادلةُ^(٢) مرعيةً فيه كما في بابِ البَيْعِ ، فإن منْعَهُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣٩٧/٣] ، «تبيين الحقائق» [١١٠/٥] .

(٢) وقع بالأصل: «العادة» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

.....

❦ نهاية البيان ❦

فهلك ، فالجوابُ على ما تقدّم ، والهلاكُ قبلَ المنعِ وبعده سواء ؛ لأنه حبسه بحقه ، فلم يكن متعدياً في الإمساك ، فإذا تلف في يده لا يؤاخذ في الضمان .

وإن أراد أن يأخذ من الأجر مقدار ما عمل فيه قبل أن يفرغ منه ؛ لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه ؛ لأن الأجرة استحققت في مقابلة جملة العمل ، فما لم يوفه العمل لا يستحق عليه إيفاء الأجرة ، وإيفاءه إنما يتصور بعد العمل لا قبله ، هذا إذا كانت القسارة واقعة في ثوب واحد ، فأما إذا كانت في ثوبين ، ففرغ من قسارة أحدهما ؛ كان له أن يأخذ من الأجر بحساب ذلك ؛ لأنه ينتفع به وحده . إلى هنا لفظ شيخ الإسلام علاء الدين رحمه الله .

وقال أيضاً في باب من استأجر أجيراً ليعمل له في بيته عملاً من «شرح الكافي» : «وإذا استأجر الرجلُ أجيراً يعمل له في بيته عملاً مُسمًى ، ففرغ الأجير من العمل في بيت المُستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل ، أو هلك ، فله الأجر تاماً على المُستأجر ؛ لأن محل العمل في يد المُستأجر ، فصار العمل بواسطة المحل مُسلماً إليه ، فيستحق الأجر .

وكذلك لو استأجره المُستأجر ليخيط له في بيت المُستأجر قميصاً ، فخاط بعضه ، ثم سرق الثوب ؛ فله من الأجر بقدر ما خاط ؛ اعتباراً لتسليم البعض بتسليم الكل ، فلو كان استأجره ليخيط له في بيت الأجير ؛ لم يكن له شيء ؛ لأنه لم يُسلم العمل إلى رب الثوب ، فصار هلاكه قبل التسليم إليه كهلاك المبيع قبل التسليم إلى المشتري ، وثمة لا يستحق الثمن ، كذلك ههنا» .

قال : قال^(١) : «ألا ترى أنه لو استأجره ليبنى له حائطاً معلوماً ، فبنى بعضه ،

(١) أي : قال علاء الدين الأسننجابي : قال الحاكم الشهيد في «الكافي» . كذا جاء في حاشية : «ج» ،

لما بينا .

قَالَ: إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّعْجِيلُ لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ.

غاية البيان

أو كُله ، ثم انهدم ؛ فله أجر ما بنى ؛ لأنه في ملك صاحبه ، وكذلك حفر البئر في ملكه .

وكذلك الرجل يستأجر الخباز يخبز له في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخبزه ثم سرق ؛ فله الأجر تاماً ، فإن سرق قبل أن يفرغ منه ؛ فله من الأجر بقدر ما عمل ، وإن كانت تُخبز في بيت الخباز ؛ لم يكن له من الأجر شيء ، ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة رحمته الله ؛ لأنه أمين .

وعندهما: يضمن ؛ لأن المحل داخل في ضمانه ، فلا يبرأ عنه إلا بالرد إلى المالك ، وقد بينا الوجه فيه . إلى هنا لفظ شيخ الإسلام [٣٠٠/٦م] في «شرح الكافي» .

فعلّم بهذا المجموع: أن ما قاله صاحب «الهداية» رحمته الله: (وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ قَبْلَ الْفَرَاغِ) ، فيه نظر ؛ لأنه لا خلاف في الرواية^(١) . والله تعالى أعلم .

قوله: (لِمَا بَيْنَا) ، إشارة إلى قوله: (لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ) .

(١) قال السفناقي: هذا وقع مخالف لعامة روايات الكتب عن «المبسوط» و«الذخيرة» و«المغني» و«شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي و«الفوائد الظهيرية» لما أنه ذكر فيها: أن العامل في بيت المستأجر يستحق الأجر بقدر عمله ، حتى لو سرق الثوب فله الأجر بقدر عمله ؛ لأن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ، ولعله اتبع صاحب «التجريد» أبا الفضل الكرمانی في هذا الحكم فإنه ذكره كما ذكر في «الكتاب» . ينظر: «النهاية شرح الهداية» [٢٤٦/٣ق] ، مخطوط مكتبة فيض الله ، تحت [رقم/٩٠٠] ، «البنية شرح الهداية» [٢٣٩/١٠] .

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيُخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدَرْهِمٍ ؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَمَلِ بِالْإِخْرَاجِ فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ لَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَلَهُ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْلِمًا إِلَيْهِ بِالْوَضْعِ فِي بَيْتِهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ الْجِنَايَةُ .

غاية البيان

قوله: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيُخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدَرْهِمٍ ؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ) ، هذا لفظ القُدُورِيِّ في «مختصره»^(١) ، وذلك لأن الأجرة لا تُسْتَحَقُّ إِلَّا بِتَمَامِ الْعَمَلِ ، وَقَبْلَ الْإِخْرَاجِ مِنَ التَّنُّورِ لَا يَتِمُّ الْعَمَلُ ، فَلَا جَرَمَ إِذَا أَخْرَجَهُ اسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ ، فَإِنْ خَبَزَ [٤٨٩/٢] الْبَعْضَ وَأَخْرَجَهُ اسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ بِقَدْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ صَارَ مُسْلِمًا إِلَى صَاحِبِ الدَّقِيقِ .

قال محمد ﷺ في «الجامع الصغير»: «عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه: فِي رَجُلٍ أَدْخَلَ رَجُلًا إِلَى مَنْزِلِهِ اسْتَأْجَرَهُ لِيُخْبِزَ لَهُ خَبْزًا ، فَلَمَّا أَخْرَجَهُ مِنَ التَّنُّورِ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، قَالَ: لَهُ الْأَجْرُ وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ»^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: أَمَّا عَدَمُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ هَلَكَ لَا بِصُنْعِهِ ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْأَجْرِ ، فَلِأَنَّهُ أَوْفَى عَمَلَهُ ، وَصَارَ الْخُبْزُ مُتَّفَعًا بِهِ ، فَصَحَّ التَّسْلِيمُ ، هَذَا إِذَا احْتَرَقَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنْ خَبَزَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَاحْتَرَقَ ؛ لَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَبَزَ فِي بَيْتِهِ ، فَكَمَا فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ يَصِيرُ الْعَمَلُ مُسْلِمًا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ إِذَا كَانَ فِي بَيْتِهِ كَانَ فِي يَدِهِ ، وَأَمَّا إِذَا خَبَزَ خَارِجَ بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَالْعَمَلُ لَا يَصِيرُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣] .

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٩] .

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجَرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْخُبْزُ، وَأَعْطَاهُ الْأَجَرَ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

مُسْلِمًا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ حَقِيقَةً، وَلَمْ يُوجَدْ، وَبِدُونِ التَّسْلِيمِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ.

وإنما قَيَّدَ بعدم الضَّمانِ في صورة الاحتراقِ بعد الإخراجِ مِنَ التَّنَوُّرِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا احْتَرَقَ قَبْلَ الإخراجِ؛ فعليه الضَّمانُ في قولِ أَصْحَابِنَا جَمِيعًا، أَلَّا تَرَى إِلَى مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِجَابِيُّ في بَابِ مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ لَهُ فِي بَيْتِهِ:

«وَإِنْ احْتَرَقَ الْخُبْزُ فِي التَّنَوُّرِ قَبْلَ أَنْ يُخْرِجَهُ، فَإِنْ أبا حَنِيفَةَ ﷺ قَالَ فِي هَذَا: هُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَنَّتْهُ يَدَاهُ بِتَقْصِيرِهِ فِي الْقَلْعِ مِنَ التَّنَوُّرِ، فَإِنْ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ مَخْبُورًا أَعْطَاهُ الْأَجَرَ، وَإِنْ ضَمَّنَهُ دَقِيقًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ مَخْبُورًا فَقَدْ وَصَلَ الْعَمَلُ إِلَيْهِ مَعْنَى بَوْصُولِ الْقِيَمَةِ إِلَيْهِ، فَكَانَ لَهُ الْأَجْرُ، وَإِذَا ضَمَّنَهُ قِيَمَةً دَقِيقَةً لَمْ يَصِلِ الْعَمَلُ إِلَيْهِ، لَا صُورَةً وَلَا مَعْنَى، فَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْأَجَرَ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ». إِلَى هُنَا لَفْظُهُ فِي «شَرْحِ الْكَافِي».

قَوْلُهُ: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ) [١/٣٠٠ ظ/م]، أَي: عَدَمُ الضَّمانِ عَلَى الْخُبَّازِ إِذَا احْتَرَقَ الْخُبْزُ بَعْدَ الإخراجِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ، هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا: فعليه الضَّمانُ.

أَقُولُ: فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: أَطْلَقَ الْجَوَابَ بِعَدَمِ الضَّمانِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ، وَكَذَا لَمْ يَذْكُرُوا الْخِلَافَ فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، بَلْ قَالُوا: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ مَطْلَقًا.

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَاخًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ ؛ فَالْعَرُفُ عَلَيْهِ ؛ اِعْتِبَارًا لِلْعَرُفِ .

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

فَعَنْ هَذَا قَالُوا: الْجَوَابُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مُجَرَّئٍ عَلَى عَمُومِهِ .

أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ مِنْ صُنْعِهِ .

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا: فَلِأَنَّهُ هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْخِلَافَ الْقُدُورِيَّ فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» ^(١) «^(٢)» بِرَوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله قَالَ: «وَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنَ التَّنُّورِ فَوَضَعَهُ وَهُوَ يَخْبِزُ فِي مَنْزِلِ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَقَدْ فَرَّغَ ، فَإِنْ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ جَنَابَتِهِ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ؛ لِأَنَّهُ فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ وَصَارَ مُسْلِمًا لَهُ بِإِخْرَاجِهِ مِنَ التَّنُّورِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَهَلَاكُ الشَّيْءِ مِنْ غَيْرِ عَمَلِ الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ عِنْدَهُ .

فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ يُضَمِّنُ الْأَجِيرَ الْمَشْتَرِكَ: فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لَهُ دَقِيقًا مِثْلَ الدَّقِيقِ الَّذِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الْخُبْزِ مَخْبُوزًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ ، وَذَلِكَ لِأَن قَبْضَ الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ عِنْدَهُمَا مَضْمُونٌ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنْهُ بِوَضْعِهِ فِي مَنْزِلِ مَالِكِهِ ، كَمَا لَا يَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ الْمَغْضُوبِ بِذَلِكَ .

فَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ صَارَ صَاحِبُ الدَّقِيقِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ دَقِيقًا ، وَأَسْقَطَ الْأَجْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْعَمَلَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ خُبْزًا ، فَصَارَ الْعَمَلُ مُسْلَمًا لَهُ ، فَوَجِبَتْ عَلَيْهِ الْأَجْرَةُ ، قَالَ: وَلَا أَضْمَنُّهُ الْقَصَبَ ^(٣) وَالْمَلْحَ ؛ لِأَن ذَلِكَ صَارَ مُسْتَهْلَكًا قَبْلَ وَجُوبِ الضَّمَانِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ .

قَوْلُهُ [٤٨٩/٢]: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَاخًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ ؛ فَالْعَرُفُ عَلَيْهِ) ،

(١) وقع بالأصل: «مختصر القدوري». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٢٢٥/ق].

(٣) أي: الحطب. كذا جاء بحاشية الأصل. لكن أشار في حاشية: «ج» إلى أنه وقع في بعض النسخ:

«الحطب»، بدل: «القصب». وهو المثبت في «م».

وهذه من مسائل القُدُوريِّ أيضاً.

أراد بالْعُرْف: وَضَعَ الطعامِ في القِصَاعِ، وهذا بناءٌ على عُرْفِ الناسِ وعاداتِهِمْ، فإنَّ الطَّبَّاحَ هو الذي يَتَوَلَّى ذلكَ في عُرْفِهِمْ، ومُطَلَّقُ العقدِ يَتَنَاوَلُ المَعْتَادَ إذا لم يُوْجَدْ شَرْطٌ بخلافِ ذلكَ، ولم يُوْجَدْ الشرْطُ، فَيَكُونُ المَعْتَادُ هو المَرَادُ.

والوَلِيْمَةُ: طعامُ العُرْسِ، والوَكِيْرَةُ^(١): طعامُ البِنَاءِ.

والخُرْسُ: طعامُ الولادةِ، وما تَطْعَمُهُ النِّسَاءُ نَفْسُهَا خُرْسَةً.

وطعامُ الخِتَانِ: إِعْذَارُ^(٢).

وطعامُ القَادِمِ مِنْ سَفَرِهِ: نَقِيْعَةٌ، وكلُّ طعامٍ صُنِعَ لدَعْوَةٍ: مَأْدُبَةٌ ومَأْدِبَةٌ جَمِيعاً^(٣)، ويُقَالُ: فلَانٌ يَدْعُو النَّقْرَى^(٤)؛ إِذَا خَصَّ، وفلَانٌ يَدْعُو الجَفْلَى [٣٠١/٦م] والأَجْفَلَى^(٥)؛ إِذَا عَمَّ. قاله القُتَيْبِيُّ^(٦) وغيرُهُ.

(١) الوَكِيْرَةُ: بفتح الواو وكسر الكاف لغة في الوَكْرَةِ - بفتح الواو وسكون الكاف -، وهي الطعام الذي يُصْنَعُ لانتِهَاءِ مِنَ البِنَاءِ، أو عند الانتقال إلى منزل جديد. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٢٩٣/٥ مادة: وكر]. و«معجم لغة الفقهاء» [ص/٥٠٩].

(٢) الإِعْذَارُ: هو الخِتَانُ. يقال: عَذَرْتُهُ وأَعَذَرْتُهُ فهو مَعْذُورٌ ومُعْذَرٌ، ثم قيل للطَّعام الذي يُطْعَمُ في الخِتَانِ: إِعْذَارٌ. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١٩٦/٣ مادة: عَذَرَ].

(٣) قيل: فمن قال: «مَأْدِبَةٌ». أَرَادَ به الصَّنِيعَ يصْنَعُهُ الرَّجُلُ، فيدْعُو إليه الناسُ. ومن قال: «مَأْدِبَةٌ» جعله مَفْعَلَةً مِنَ الأَدَبِ. وقيل: مَأْدِبَةٌ ومَأْدِبَةٌ بِمَعْنَى واحدٍ، وقد رُدَّ ذلكَ. ينظر: «تاج العروس» للزَّيْدِي [١٣/٢ مادة: أدب].

(٤) النَّقْرَى: الدَّعْوَةُ الخاصَّةُ ببعضِ الناسِ. يقال: دَعَاهُمُ النَّقْرَى؛ إِذَا دَعَا بعضًا دون بعضٍ. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٢٣٠/٥ مادة: نقر].

(٥) الجَفْلَى والأَجْفَلَى: هو أن تدْعُو النَّاسَ إلى طعامك عامة. ينظر: «الصحاح في اللغة» للجرَّهري [١٦٥٧/٤ مادة: جفل].

(٦) ينظر: «المعاني الكبير في أبيات المعاني» لابن قتيبة [٣٧٧/١].

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبْنًا اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهَا؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ، إِذَا لَا

غَايَةِ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبْنًا اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

وَقَالَ: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهَا^(١)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَضْرِبَ لَهُ لَبْنًا فِي مِلْكِهِ، أَوْ فِي شَيْءٍ هُوَ فِي يَدِهِ؛ فَإِنَّ رَبَّ اللَّبْنِ لَا يَكُونُ قَابِضًا حَتَّى يَجِفَّ اللَّبْنُ وَيُنْصَبَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لَا اخْتِلَافَ عَنْهُ فِي ذَلِكَ.

وَعِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: حَتَّى يُشَرِّجَهُ، فَإِنْ هَلَكَ اللَّبْنُ قَبْلَ الْحَدِّ الَّذِي حَدَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي قَوْلِهِ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهُ الْأَجْرُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ يَدِهِ، وَلَا فِي مِلْكِهِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَجْرُ حَتَّى يُسَلِّمَهُ ذَلِكَ مَنْصُوبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمُشَرَّجًا عِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ»^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قَالَ فِي «شرح الطحاوي»: «والتَّسْلِيمُ هُوَ أَنْ يُخْلِيَ بَيْنَ الْمُسْتَأْجَرِ وَبَيْنَ اللَّبْنِ، وَلَكِنْ فِي أَيِّ وَقْتٍ يَصِحُّ التَّسْلِيمُ؟ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا أَقَامَهُ، وَعِنْدَهُمَا: مَا لَمْ يُشَرِّجْهُ لَمْ يَصِحَّ التَّسْلِيمُ»^(٤).

وَجَهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ اللَّبْنَ لَا يُؤْمَنُ فُسَادُهُ قَبْلَ التَّشْرِيجِ، فَصَارَ اللَّبْنُ قَبْلَهُ كَالْخُبْزِ

(١) والصحيح ما جرى عليه العرف. ينظر: «بدائع الصنائع» [٢٠٥/٤]، «الاختيار» [٥٦/٢]، «تبيين الحقائق» [١١٠/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٦٨/١]، «البحر الرائق» [٣٠٢/٧]، «نصحيح القدوري» [ص ٢٢٦]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٢٢/٦].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص ١٠٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق ٢٢٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأنسنجابي [ق ٢٩٠].

يُؤْمَنُ مِنَ الْفَسَادِ قَبْلَهُ فَصَارَ كَالِإِخْرَاجِ مِنَ التَّنْوِيرِ ؛ وَلِأَنَّ الْأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ .

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالْإِقَامَةِ ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَى مَوْضِعِ الْعَمَلِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْإِقَامَةِ ؛ لِأَنَّهُ طِينٌ مُنْتَشِرٌ ، وَبِخِلَافِ الْخُبْزِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ .
قَالَ : وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ ، كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاحِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْبَسَ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

فِي التَّنْوِيرِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ .

وَوَجْهَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : أَنَّ اللَّبْنَ بَعْدَ النِّصْبِ يَنْتَهِي عَمَلُهُ ، وَيَصِيرُ عَلَى صِفَةِ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ فَيُشْنَى بِهِ ، فَصَارَ كَالْخُبْزِ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ، وَلِأَنَّ التَّشْرِيجَ زِيَادَةُ عَمَلٍ بَعْدَ الْفِرَاقِ مِنَ الْمَقْصُودِ ، فَصَارَ كَنَقْلِهِ إِلَى مَوْضِعِ الْإِسْتِعْمَالِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ ، فَكَذَا التَّشْرِيجُ .

وَقَوْلُهُمَا : « لَا يُؤْمَنُ فَسَادُهُ قَبْلَ التَّشْرِيجِ » ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ صَارَتْ مُنْتَفَعًا بِهَا ، فَلَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالطَّارِئِ مِنْ أَسْبَابِ الْفَسَادِ ، كَمَا بَعْدَ التَّشْرِيجِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِثْلُ الْخُبْزِ فِي التَّنْوِيرِ ؛ إِذِ الْعَمَلُ لَمْ يَنْتَهَ بَعْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي التَّنْوِيرِ عَادَةً ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ .

قَوْلُهُ : (وَلِأَنَّ الْأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا) ، أَي : يَتَوَلَّى التَّشْرِيجَ فِي عَادَاتِ النَّاسِ ، وَالْعُرْفُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يَكُنْ مُشْرُوطًا .

وَتَشْرِيجُ اللَّبَنِ : تَنْضِيدُهُ وَضَمُّ بَعْضِهِ إِلَى بَعْضٍ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ ، كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاحِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْبَسَ

الْعَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصِفَ قَائِمٍ فِي الثَّوبِ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ؛ لِاسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْمَبِيعِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ

﴿غاية البيان﴾

الْعَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»^(١).

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره»: «ولجميع ما ذكرنا - يعني: مِنَ الصَّبَاغِ، وَالْحَيَاطِ، وَالْقَصَارِ، وَالصَّائِغِ، وَالتَّجَارِ، وَالْإِسْكَافِ، وَسَائِرِ الصَّنَاعِ - أَنْ يَحْبِسُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِمَّا لَهُمُ الْعَمَلُ فِيهِ، أَوْ مِمَّا عَمِلُوهُ [٣٠١/٦ ظ/م] حَتَّى يَقْبِضُوا الْأَجْرَ، وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ قَبْضُ ذَلِكَ حَتَّى يَدْفَعَ الْأَجْرَ، بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ يَحْبِسُهُ الْبَائِعُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يَوْسُفَ، وَمُحَمَّدٍ، وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رضي الله عنهم».

وَأَمَّا الْحَمَّالُ وَالْجَمَّالُ وَالْمَلَّاحُ: يُسْتَأْجَرُ عَلَى حَمْلِ شَيْءٍ، فَلَيْسَ لَهُمْ حَبْسُ مَا حَمَلُوهُ؛ لِأَنَّهُ لَا عَمَلٌ لَهُمْ فِيهِ قَائِمٌ وَلَا تَأْثِيرٌ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: فَإِنْ حَبَسَ الْحَمَّالُ الْمَتَاعَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ غَاصِبٌ.

وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ فِي الْحَمَّالِ يَطْلُبُ أُجْرَةً بَعْدَمَا بَلَغَ الْمَنْزَلَ قَبْلَ [٤٩٠/٢] أَنْ يَضَعَهُ: فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ^(٢). [إِلَى] ^(٣) هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رضي الله عنه.

وَأَمَّا كَانَ لِلْعَامِلِ فِيمَا لَهُ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ مُسْتَحَقٌّ فِي مَقَابِلَةِ ذَلِكَ الْأَثَرِ، فَكَانَ لَهُ حَبْسُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ، كَمَا لِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ، وَمَا لَيْسَ لَهُ أَثَرٌ لَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْعَيْنِ، فَلَمْ يَجْزُ حَبْسُهَا، كَمَا لَا يَجُوزُ حَبْسُ الْوَدِيعَةِ بِدَيْنٍ عَلَى

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٢) هذا النقل قد نقله الشلبي بمعناه في حاشيته على «تبیین الحقائق» [١١١/٥] ولسبه للكرخي.

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

أبي حنيفة؛ لَأنَّهُ غَيْرُ [١١٤/و] مُتَعَدِّ فِي الْحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَةٌ كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلَا أَجَرَ لَهُ لِهِلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

غاية البيان

صاحبها. كذا ذكر القُدُورِيُّ في «شرح»^(١).

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان رحمته الله: «وَأَمَّا الْقَصَارُ إِذَا قَصَرَ الثَّوبَ، هَلْ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ لاسْتِيفَاءِ الْأَجْرَةِ؟

قالوا: إِنْ ظَهَرَ أَثَرُ عَمَلِهِ فِي الثَّوبِ بِاسْتِعْمَالِ النَّشَاسْتَجَةِ^(٢)، أَوْ بِالذَّقِّ؛ كَانَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَمَلُهُ إِلَّا الْغَسْلَ؛ لَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ؛ لِأَنَّ الْبَيَاضَ كَانَ مَوْجُودًا فِي الثَّوبِ.

ومنهم مَنْ قَالَ: لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْبَيَاضَ وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا فِي الثَّوبِ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ مُسْتَتِرًا، وَقَدْ ظَهَرَ بِعَمَلِهِ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ^(٣). كذا ذكر في «شرح الجامع الصغير».

وهذا إِذَا كَانَ عَمَلُهُ فِي دُكَّانِهِ، أَمَّا إِذَا خَاطَ الْخِيَّاطُ، أَوْ صَبَغَ الصَّبَّاعُ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ فَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ^(٤). كذا في «خلاصة الفتاوى».

وقال في قِسْمِ «المبسوط» مِنْ «الشامل» - فِي بَابِ الْإِسْتِصْنَاعِ -: «الْقَصَارُ

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [١١٣/٤]، «المبسوط» [٤٧/١٦، ٤٨]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٤/٢]، «نتائج الأفكار» [٧٧/٩]، «الفتاوى الهندية» [٤٨٦/٤].

(٢) هكذا ضبطه في: «ج» و«س». ويقال له أيضًا: النَّشَاسْتَجُ، وَهُوَ صِبْغٌ أَحْمَرٌ كَالْفِرَاءِ، كَانَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمَلَابِسِ وَالْجُلُودِ. وَهُوَ فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، وَقَدْ يُحْدَفُ شَطْرُهُ تَخْفِيفًا، فيقال: «النَّشَا». وهذا الأخير يُعْرَفُ فِي الْمَعَاجِمِ الْحَدِيثَةِ بِكَوْنِهِ: كَرْبُوهْدَرَاتٍ كَرْبُونٍ عَلَى شَكْلِ مَسْحُوقٍ أبيض، يَكْثُرُ وَجُودُهُ فِي الْحَبُوبِ وَالنَّبَاتَاتِ الْعُسْقُولِيَّةِ كَالْبَطَاطَسِ. ينظر: «تاج العروس» للزَّيْدِي [٢٤٤/٢ / مادة: نشا]. و«المعجم الوسيط» [٩٢٤/٢].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [٢١٩/ق].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢١٦/ق].

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ (عليه السلام): الْعَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الْحَبْسِ فَكَذَا

غَايَةُ الْبَيَانِ

يُحْبَسُ ، وَالْغَسَّالُ لَا يُحْبَسُ ؛ لِأَنَّ الدَّقَّ وَالتَّشَا حَصَلَ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْبَيَاضِ ؛ لِأَنَّهُ كَلَّا فَضْهَرُ . إِلَى هُنَا لَفْظُ «الشَّامِلِ» .

وَقَالَ مُبِيعُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ (عليه السلام) - فِي بَابِ الرَّجُلِ يَسْتَصْنَعُ شَيْئًا -: «وَالْإِسْكَافُ وَجَمِيعُ هَؤُلَاءِ الصُّنَائِعِ إِذَا رَضِيَ الْمُسْتَصْنِعُ الْعَمَلَ وَأَجَازَهُ: لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمَتَاعَ حَتَّى يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرُ ، وَهَذَا إِذَا كَانَ لَهُ عَمَلٌ يَبْقَى أَثَرُهُ فِي الْمَحَلِّ ؛ كَالْقِصَارَةِ وَالْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ أَثَرَ عَمَلِهِ قَائِمٌ ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَةَ ، بِخِلَافِ الْغَسْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فِي الْمَحَلِّ ، فَلَا يَمْلِكُ الْحَبْسَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُرَجَّلًا ، فَلَا يَمْلِكُ مَنَعَ الْمَتَاعِ مِنْهُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ لِلْحَالِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْحَبْسَ ، كَمَا لَوْ بَاعَ شَيْئًا بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ أَلَيْسَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحَبْسَ ؟ فَكَذَلِكَ هَهُنَا» .

وَقَالَ أَيْضًا - فِي بَابِ مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ لَهُ فِي بَيْتِهِ مِنْ «شرح [٣٠٢/٦]» [الكافي] -: «وَكُلُّ شَيْءٍ إِذَا هَلَكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ أَجْرٌ ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَأْخُذَ الْأَجْرَ ؛ لِأَنَّ سَقُوطَ الْأَجْرِ بِالْهَلَاكِ دَلٌّ عَلَى كَوْنِهِ فِي يَدِ الْعَامِلِ ، فَيَمْلِكُ الْحَبْسَ لَا سِتِفَاءَ الْأَجْرَةِ كَمَا مَلَكَ حَبْسَ الْمَبِيعِ لَا سِتِفَاءَ الثَّمَنِ .

وَكُلُّ شَيْءٍ إِذَا هَلَكَ كَانَ لَهُ الْأَجْرُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَأْخُذَ الْأَجْرَةَ ؛ لِأَنَّهُ كَمَا وَقَعَ وَقَعَ مُسَلِّمًا ، وَالْحَبْسُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَقَطَ ، فَلَا يَعُودُ ، وَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَكَانَ غَاصِبًا فَيُضْمَنُ .

وَإِذَا عَمَلَ الْقَصَّارُ وَالصَّبَّاعُ وَالْخِيَّاطُ وَأَشْبَاهُهُمْ فِي بَيْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُمْ ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يَحْبِسُوا الْمَتَاعَ بِالْأَجْرِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ وَقَعَ مُسَلِّمًا إِلَى الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ فِي يَدِهِ ، وَهُمْ ضَامِنُونَ لِمَا جَنَّتْ أَيْدِيهِمْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ (عليه السلام) ، مِمَّا عَمِلُوا فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجَرِ ، مِثْلُ مَا يَضْمَنُونَ مَا عَمِلُوا فِي بَيْوتِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ سَبَبٌ لَوْجُوبِ

بَعْدَهُ، لَكِنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجَرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الْأَجْرُ، وَسَنُبَيِّنُ مِنْ بَعْدِ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ، كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ الْعَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي الْعَيْنِ فَلَا يَتَصَوَّرُ حَبْسُهُ فَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْحَبْسِ.....

غاية البيان

الضَّمانُ أينما وُجِدَتْ.

فَرَقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْمَلَّاحِ: إِذَا غَرِقَتِ السَّفِينَةُ بِمَدَّةٍ، وَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهَا، حَيْثُ لَا يَضْمَنُ الْمَتَاعَ؛ لِأَنَّ الْمَتَاعَ فِي يَدِ [مَالِكِهِ] ^(١) حَقِيقَةً، وَالْمَدَّةُ تَصَرَّفُ يُلَاقِي السَّفِينَةَ دُونَ الْمَتَاعِ، فَمَتَى كَانَ مَأْذُونًا فِيهِ مِنْ قِبَلِ الْمَالِكِ؛ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا فِي السَّبَبِ، فَلَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمانِ.

قَوْلُهُ: (وَسَنُبَيِّنُ بَعْدَ هَذَا)، إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ بَابِ ضَمَانِ الْأَجِيرِ: وَهُوَ أَنَّ الْأَجِيرَ الْمَشْتَرَكَ لَمْ لَا يَضْمَنُ فِيمَا هَلَكَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَيَضْمَنُ عِنْدَهُمَا؟ وَسَيَجِيءُ بَيَانُ ذَلِكَ ثَمَّةَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ [٢/٤٩٠] أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ، كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ ^(٢) رحمته الله أَيْضًا وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ. وَيُرْوَى قَوْلُهُ: (كَالْحَمَّالِ) بِالْحَاءِ وَالْجِيمِ جَمِيعًا، وَالْحُكْمُ فِيهِمَا وَاحِدٌ، وَلِهَذَا ذَكَرَهُمَا الْكَرْخِيُّ جَمِيعًا فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَقَدْ مَرَّ أَنْفًا، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُرْوَى هُنَا: بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ عَلَى الظَّهْرِ وَعَلَى الدَّابَّةِ، فَيَكُونُ أَعَمَّ مِنْ لَفْظِ الْجَمَّالِ بِالْجِيمِ، فَكَانَ أَوَّلَى.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «لج»، «و» «غ»، «و» «س».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

وَعَسَلَ الثُّوبَ نَظِيرُ الْحَمْلِ ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْآبِقِ حَيْثُ يَكُونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبْسِهِ لَا مُتَبَقِّاءَ الْجَعْلِ ، وَلَا أَثَرُ لِعَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ فَكَانَهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ: مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ .

غاية البيان

قوله: (وَعَسَلَ الثُّوبَ نَظِيرُ الْحَمْلِ) ، أراد به: الغسل بمجرد إزالة الدَّرَنِ ، يعني: كما أن الحمل لا أثر له قائم في العين ، فكذلك الغسل ، فثَمَّة لا يُحْبَسُ بالأجر ، فكذا هنا .

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: ولا يُلْزَمُ على هذا الآبِقِ إذا رَدَّ إنسانٌ ، حَيْثُ يَحْبِسُهُ بِالْجَعْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ قَائِمٌ ؛ لِأَن مَالِيَّتَهُ كَانَتْ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ ، فَبِالرَّدِّ أَحْيَاهُ وَصَارَ كَأَنَّهُ مَلَكَهُ ابْتِدَاءً ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ، وَلَمْ تَكُنِ الْعَيْنُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ؛ لِانْعِدَامِ [٣٠٢/٦م] معنى التمليك ، وانعدام الأثر القائم بالعين .

قوله: (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ: مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ) ، أي: هذا الذي ذكرناه مِنْ حَقِّ الْحَبْسِ لِلصَّانِعِ بِالْأَجْرِ ، فِيمَا إِذَا كَانَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ: هُوَ مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ أَيْضًا ، وَقَدْ رَوَى مَذْهَبَهُ الْكَرْخِيُّ كَذَلِكَ قَبْلَ هَذَا^(١) .

وقال زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رحمهما الله: ليس له حَقُّ الْحَبْسِ ، سِوَاءً كَانَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ^(٢) ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: (فِي الْوَجْهَيْنِ) ، فِي الْمَتَنِ ، وَذَكَرَ الْعَتَّابِيُّ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِ زُفَرٍ رحمهما الله . وَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ - وَهُوَ الْعَمَلُ - صَارَ مُسْلَمًا ، فَلَا يَجُوزُ الْحَبْسُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ؛ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ، وَكَذَا الْخَيَّاطُ إِذَا خَاطَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ ، لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ؛ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ، فَكَذَا هُنَا .

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٤/٢] ، «الفرق النافع» [١١٣٥/٣] ، «تبيين الحقائق» [١١١/٥] .

(٢) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [١٩٠/٤] ، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٦٩/٤] . و«روضة الطالبين» للنووي [٥٢٦/٣] .

وَقَالَ زُفَرٌ: لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ الْمَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَسَقَطَ حَقُّ الْحَبْسِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةٌ إِقَامَةُ الْعَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ كَمَا إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا الْبَائِعِ. قَالَ: وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ؛

غاية البيان

وَلَنَا: أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ لَمْ يَوْجَدْ؛ لِأَنَّ إِيقَاعَهُ الْعَمَلَ تَحْصِيلٌ وَإِيجَادٌ لَهُ، لَا تَسْلِيمٌ، وَاتِّصَالٌ عَمَلُهُ ^(١) بِالْعَيْنِ - الَّتِي هِيَ مِلْكُ الْمُسْتَأْجِرِ - لَضَرُورَةِ إِقَامَةِ الْعَمَلِ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ الْعَمَلُ فِيهَا إِلَّا بِالْإِتِّصَالِ بِهَا، فَمَا ثَبَتَ مِنَ الْإِتِّصَالِ بِالْإِضْطِرَارِ ^(٢) لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِالتَّسْلِيمِ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حَبْسًا بَعْدَ التَّسْلِيمِ، وَكَانَ لَهُ حَبْسُ الْعَمَلِ الَّذِي بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ.

وَالْعَمَلُ وَإِنْ تَلَاشَى فَائِثُهُ قَائِمٌ، فَجُعِلَ بَقَاءُ الْأَثَرِ كِبْقَاءِ أَصْلِ الْعَمَلِ، فَجُعِلَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الْأَجْرِ إِذَا كَانَ حَالًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا، حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ؛ كَمَا لَا يَحْبِسُ الْمَبِيعَ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا.

قَوْلُهُ: (وَلَنَا أَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ)، أَي: اتِّصَالَ عَمَلِ الْأَجِيرِ بِالْمَحَلِّ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ.

قَوْلُهُ: (فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ)، أَي: لَمْ ^(٣) يَكُنِ الصَّانِعُ رَاضِيًا بِاتِّصَالِ الْعَمَلِ عَلَى أَنَّهُ تَسْلِيمٌ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِذَلِكَ؛ لَمْ يَكُنْ وَقُوعُ الْعَمَلِ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَانِعًا مِنَ الْحَبْسِ بِالْأَجْرَةِ، كَمَا لَوْ وَقَعَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِلا رِضَا الْبَائِعِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ

(١) وقع بالأصل: «عمل». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «بالإضطرار». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٣) وقع بالأصل: «إن لم». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبلاستعانة غيره بمنزلة إيفاء الدين، والله أعلم.

﴿ غاية البيان ﴾

غيره)، أي: قال القدوري في «مختصره»^(١)، وذلك لأن أعمال الصناعات فيها تفاوت بين عمل وعمل، فإذا شرط عمل الأجير نفسه؛ كان ذلك شرطاً مفيداً، فيعتبر، فليس له أن يخالف ويستعمل غيره.

أما إذا أطلق العمل: كان المراد منه نفس العمل، فله أن يستعمل غيره؛ لأن المطلق ينصرف إلى ما هو المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط، والصناعات يعملون في العادات بأنفسهم وبأجرائهم، فكان له أن يعمل بنفسه وأجيريه، وهذا لأن المعقود عليه مطلق العمل في الذمة، وذلك موجود في فعله وفعل غيره، فيجوز أن [م/٣٠٣/٦] يوفيه باستعانة [٤٩١/٢] غيره، كما في إيفاء الدين.

وفي الصورة الأولى: المعقود عليه: العمل المقيّد، وهو العمل الواقع من شخص بعينه، فلا يجوز تركه إلى غيره، كما في استئجار الدابة للركوب، إذا قيّد ركوب شخص ليس له أن يركب غيره، فإذا أطلقه^(٢) جاز أن يركب من شاء، على ما يجيء بيانه بعد هذا، وكذا لو استأجر دابة بعينها للحمل ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، فإذا استأجرها للحمل، ولم يعينها؛ جاز له أن يسلم أي دابة شاء.

ونقل عن الإمام حميد الدين الضرير رحمته الله: أن صورة المسألة فيما إذا قال للخياط مثلاً: على أن تعمل بنفسك أو بيدك، أمّا إذا قال: على أن تعمل؛ فهو مطلق.

والله أعلم.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٢) وقع بالأصل: «أطلقت». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

فصل

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى الْبَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ
بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ ، فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ بِحِسَابِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ
عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ الْعَوَضُ بِقَدْرِهِ ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ .

غاية البيان

فصل

لَمَّا ذَكَرَ فِي الْبَابِ الْمَتَقَدِّمِ اسْتِحْقَاقَ تَمَامِ الْأَجْرِ : ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ عَدَمَ
اسْتِحْقَاقِ تَمَامِ الْأَجْرِ ، أَوْ بَعْضِ الْأَجْرِ ، وَقَدَّمَ مَسَائِلَ الْبَابِ عَلَى مَسَائِلِ هَذَا
الْفَصْلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُوبُ الْأَجْرِ كَامِلًا عِنْدَ صَحَّةِ الْإِجَارَةِ وَنَقْصَانِهِ ، أَوْ عَدَمِهِ
بِعَارِضٍ ، هَذَا مَا لَاحَ لِي مِنْ وَجْهِ الْمُنَاسِبَةِ .

قَوْلُهُ : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى الْبَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ
بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ ، فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ بِحِسَابِهِ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ» .

قَالَ مُحَمَّدٌ فِيهِ : «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه : فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا
لِيَذْهَبَ إِلَى الْبَصْرَةِ ، فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ ، فَحَمَلَ مَنْ
بَقِيَ ، قَالَ : لَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِسَابِ ذَلِكَ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه فِي أَصْلِ
«الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ : إِذَا كَانَ عِيَالُهُ مَعْلُومِينَ ،
وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلٌ بِحَمْلِهِمْ جَمِيعًا ، فَإِذَا حَمَلَهُمْ جَمِيعًا كَانَ يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ
الْأَجْرِ ، فَلَمَّا أَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ دُونَ الْبَعْضِ ؛ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِقَدْرِ مَا أَوْفَى ،
وَبَطَلَ بِقَدْرِ مَا لَمْ يُوفَ .

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤] .

وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فَلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فَلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ .

غاية البيان

قوله: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فَلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فَلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ) ، وهذه من مسائل «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة عليه السلام : في رجلٍ استأجر رجلاً ليذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلانٍ ، ويَجِيءَ بجوابه ، فذهب فوجدَ فلانًا قد مات ، فردَّ الكتاب . قال : لا أجر له ، وقال محمدٌ : له الأجرُ في الذهابِ»^(١) . إلى هنا لفظُ محمدٍ في أصلِ «الجامع الصغير» .

ولم يذكُرْ محمدٌ فيه قولَ أبي يوسف عليه السلام ، وقال في «الحَضَر» و«المختلف»^(٢) : ذكرَ أبو الليثِ قولَ أبي يوسفَ معَ محمدٍ وغيره معَ أبي حنيفة ، وذكرَ القُدُورِيُّ عليه السلام [٣٠٣/٦ م] في كتابِ «التقريب» وفخرُ الإسلامِ البزْدَوِيُّ عليه السلام في «شرح الجامع الصغير» : قولَ أبي يوسفَ معَ أبي حنيفة عليه السلام^(٣) .

وقال فخر الدِّين قاضي خان عليه السلام في «شرحهِ للجامع الصغير» : «واختلف المشايخُ في قولِ أبي يوسفَ ، والأصحُّ أن قوله كقولِ أبي حنيفة عليه السلام ، وأجمَعُوا أنه لو تركَ الكتابَ ثَمَّةً ، ولم يَرُدِّ إلى المرسلِ ، يَسْتَحِقُّ أَجْرَ الذهابِ .

وأجمَعُوا على أنه لو ذهبَ إلى البصرة ولم يَحْمِلِ الكتابَ ؛ فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ ، وأجمَعُوا على أنه لو استأجرَ رسولًا لِيُبلِّغَ الرسالةَ إلى فلانٍ بالبصرة ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤] .

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٠٤/٣] .

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرمانى [ق/١٣٢] ، «العناية شرح الهداية» [٧٩/٩] ، «التنبيه على مشكلات

الهداية» [٥/٦٠٣] ، «البنية شرح الهداية» [١٠/٢٤٥] .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الْأَجْرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلَ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الْكِتَابِ لِيَخَفَةَ مُؤَنَّتِهِ.

غاية البيان

فذهب ولم يجد فلاناً؛ فإنه يستحقُّ الأجر^(١). إلى هنا لفظ قاضي خان رحمته.

والأصل [هنا]^(٢): أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا انْتَقَضَ بَطَلَ الْأَجْرُ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَكِنْ الْخِلَافُ فِي أَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلَ بِإِيصَالِ الْكِتَابِ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، أَمْ مُقَابِلَ بِحَمْلِ الْكِتَابِ، وَقَطْعِ الْمَسَافَةِ بِهِ؟

فقال محمد رحمته: [إنه]^(٣) مُقَابِلُ بِقَطْعِ الْمَسَافَةِ بِالْكِتَابِ، لَا بِحَمْلِ الْكِتَابِ [٤٩١/٢ ظ] وجوابه إلى الكاتب؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ يَسِيرٌ لَا يُقَابَلُ بِهِ الْبَدَلُ غَالِبًا؛ لِيَخَفَةَ مُؤَنَّتِهِ، ثُمَّ قَطْعُ الْمَسَافَةِ وَقَعَ فِي الذَّهَابِ لِلْمُسْتَأْجِرِ، فَوَجَبَ أَجْرُ الذَّهَابِ، وَلَمْ يَقَعْ قَطْعُهَا فِي الْعَوْدِ لِلْمُسْتَأْجِرِ، فَلَمْ يَجِبْ أَجْرُهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ دُونَ بَعْضٍ، فَوَجَبَ الْأَجْرُ بِحَسَابِ ذَلِكَ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى حَمْلِ طَعَامٍ إِلَى الْبَصْرَةِ، فَحَمَلَ بَعْضَهُ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ اسْتِئْجَارِ عَلَى حَمْلِ كِتَابٍ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، هُوَ إِيصَالُ الْكِتَابِ إِلَيْهِ لَا حَمْلُهُ، وَإِنَّمَا الْحَمْلُ وَسِيلَةٌ إِلَى ذَلِكَ، وَالْأَجْرُ يُقَابَلُ بِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْعَقْدِ دُونَ الْوَسِيلَةِ، فَإِذَا رَدَّ الْكِتَابَ وَلَمْ يُوصِّلْهُ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ؛ فَقَدْ أَبْطَلَ عَمَلَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ خِيَّاطًا لِيَخِيطَ لَهُ ثَوْبًا فَخَاطَهُ، ثُمَّ فَتَقَهُ؛ لَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ عَمَلَهُ، فَكَذَا هُنَا، فَصَارَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ لِحَمْلِ طَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، فَحَمَلَهُ، ثُمَّ رَدَّهُ إِلَى

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

.....

﴿حماية البيان﴾

بغداد؛ فلا أجر له، فأشبهه ما إذا كان المكتوب إليه حيًّا ولم يُوصَّله إليه، بخلاف ما إذا ترك الكتاب ثمَّة، حيث يجب له أجر الذهاب؛ لأنه لم ينقُض عمله، بل أتى بما في وسعه وإمكانه.

وقال في «خلاصة الفتاوى»^(١): «إن لم يردَّ الكتاب، لكنَّه دفعه إلى وارثه، أو وصيه؛ يجب الأجر بالإجماع، ولم يذكر أنه إذا وجد فلانًا غائبًا، فترك الكتاب هناك ورجع - يعني: لم يذكر محمد ﷺ في «الجامع الصغير» -.

فمن مشايخنا [م/٣٠٤/٦] من قال: هذا على الاختلاف في الذي ذكرنا، ومنهم من قال: يجب أجر الذهاب بالاتفاق، هذا إذا شرط عليه المجيء بالجواب، فإن لم يشترط عليه المجيء بالجواب، فلم يذكر في الكتاب. - يعني في «الجامع الصغير» -.

فنقول: إذا لم يشترط، وترك الكتاب ثمَّة حتى يوصل إليه إذا حضر، بأن كان غائبًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، فإنه يستحق الأجر كَمَلًا^(٢)، وكذا لو وجدته فدفع الكتاب إليه، فلم يقرأ حتى عاد من غير جواب، له الأجر كَمَلًا؛ لأنه أتى بما في وسعه، ولو لم يجده، أو وجدته لكن لم يدفع الكتاب، بل ردَّ الكتاب؛ فلا أجر له، وقال محمد: له أجر الذهاب، ولو نسي الكتاب ههنا؛ لا يستحق أجر الذهاب بالإجماع.

ولو استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة، فذهب الرجل فلم يجد المرسل إليه، أو وجدته لكن لم يبلغ الرسالة فرجع؛ فله الأجر.

والفرق بين الرسالة والكتاب: أن الرسالة قد تكون سرًّا لا يرضى المرسل

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٢٤].

(٢) يقال: أعطاه المال كَمَلًا - بالتحريك -: أي كَمَلًا، هكذا يتكلم به في الجميع والوحدان سواء، لا يُثنى ولا يُجمع؛ وليس بمصدر ولا نعت، إنما هو كقولك: أعطيته كُله. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَهُمَا: [١١٤/ظ]: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الْكِتَابِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ ، أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِي الْكِتَابِ ، لَكِنَّ الْحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ ، وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الْأَجْرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَإِنْ تَرَكَ الْكِتَابَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ وَعَادَ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَمْ يَنْتَقِضْ .

وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

بأن يَطَّلَعَ عليه غيره ، أمَّا الكتابُ : فمختومٌ . - يعني : لو ترك الكتابَ مختومًا لا يَطَّلَعُ عليه غيره . -

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمته الله : لَا نُسَلِّمُ فَضْلَ الرِّسَالَةِ هُوَ وَالْكِتَابُ سِوَاءً ، فَأَمَّا فِي الطَّعَامِ إِذَا رَجَعَ بِالطَّعَامِ وَهَلَكَ فِي الطَّرِيقِ ؛ لَا يَضْمَنُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ ^(١) . كَذَا فِي «الْخُلَاصَةِ» .

قَوْلُهُ: (وَلَهُمَا: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الْكِتَابِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ ، أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِي الْكِتَابِ ، لَكِنَّ الْحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ ، وَقَدْ نَقَضَهُ) ، أَي : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ نَقْلُ الْكِتَابِ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِصَالَ - وَهُوَ النُّقْلُ إِلَيْهِ - هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، أَوْ نَقْلُ الْكِتَابِ إِلَيْهِ وَسِيلَةٌ إِلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ ، وَالْمَقْصُودُ : هُوَ عِلْمُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ مَا فِي الْكِتَابِ .

وَلَكِنَّ الْحُكْمَ - وَهُوَ وَجوبُ الْأَجْرِ - مُعَلَّقٌ بِنَقْلِ الْكِتَابِ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الْكِتَابِ ، لَا يَحْصُلُ لِلْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ قَبْلَ النُّقْلِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ نَقَضَ الْأَجِيرُ النُّقْلَ ، وَهُوَ عَمَلُهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، فَسَقَطَ الْأَجْرُ كَالطَّعَامِ إِذَا رَدَّهُ بَعْدَ الْحَمْلِ .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢٢٤/ق] .

فَرَدَّهُ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ حَمْلُ
الطَّعَامِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

مَبْنًى فَرَدَّهُ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ [٤٩٢/٢] جَمِيعًا ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ» ^(١) أَيْضًا ، أَي : فِي قَوْلِ عِلْمَائِنَا الثَّلَاثَةِ .

وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ ﷺ : أَنْ نَقَلَ الطَّعَامَ عَمَلٌ يُقَابَلُ بِهِ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ فِي إِقَامَتِهِ حَرَجًا ،
وَقَدْ نَقَضَهُ ، أَمَّا حَمْلُ الْكِتَابِ : فَلَيْسَ بِعَمَلٍ تُقَابَلُ بِهِ الْأَجْرَةُ ؛ لِيُسْرِهِ [٣٠٤/٦ م/ظ] وَخِفَّةِ
مُؤَنَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يُقَابَلُ الْأَجْرُ بِقَطْعِ الْمَسَافَةِ ، وَقَدْ قَطَعَهَا فِي الذَّهَابِ لَهُ .

ثُمَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خِلَافُ زُفَرٍ ﷺ ، فَعِنْدَهُ : يَجِبُ الْأَجْرُ ، وَهُوَ غَاصِبٌ فِي
الرَّجُوعِ . كَذَا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ ﷺ فِي «شرح الجامع الصغير» .

لَنَا : أَنَّهُ نَقَضَ الْعَمَلَ حَيْثُ رَدَّ الطَّعَامَ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَحْمِلْهُ أَصْلًا ، فَلَا يَجِبُ
الْأَجْرُ ؛ كَالْخِيَّاطِ إِذَا خَاطَ ثَوْبًا ثُمَّ نَقَضَهُ ^(٢) .

وَلِزُفَرٍ : أَنَّهُ لَمَّا حَمَلَ الطَّعَامَ إِلَى الْبَصْرَةِ ؛ انْتَهَتْ إِجَارَتُهُ ، فَوَجَبَ الْأَجْرُ ،
وَصَارَ فِي الرَّدِّ غَاصِبًا ، كَمَنْ بَاعَ طَعَامًا وَسَلَّمَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ مِنْهُ ؛ يَجِبُ
الثَّمَنُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَالْبَائِعُ غَاصِبٌ لِلطَّعَامِ ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ، أَوْ رَدُّ مِثْلِهِ ، فَكَذَلِكَ
هُنَا .

وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ بِمَجَرَّدِ حَمْلِ الطَّعَامِ إِلَى الْبَصْرَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ
هُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ إِلَى فَلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، وَلَمْ يُوجَدْ حَمْلُهُ إِلَى فَلَانٍ ، فَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ .
قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ) ، أَي : بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ

(١) ينظر : «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤] .

(٢) أشار في حاشية الأصل : إِلَى أَنَّهُ وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخ : «فَتَقَهُ» . بَدَلُ : «نَقَضَهُ» . وَهُوَ الْمَوْفُوقُ لِمَا
وَقَعَ فِي : «ن» ، «و» ، «غ» ، «م» ، «ض» ، «تَح» .

هُنَاكَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ عَلَى مَا مَرَّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

حَمَلَ الْكِتَابَ إِلَى فَلَانٍ بِالْبَصْرَةِ ، فَإِنْ فِيهَا يَجِبُ أَجْرُ الذَّهَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ،
وَفِي مَسْأَلَةِ حَمْلِ الطَّعَامِ إِذَا رَدَّهُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ بِالِاتِّفَاقِ ، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ .

قَوْلُهُ: (هُنَاكَ) ، أَي: فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ .

قَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ) ، إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنْ دَلِيلِ مُحَمَّدٍ بِقَوْلِهِ: (لِأَنَّهُ أَوْفَى
بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ) .

وَاللَّهُ ﷻ أَعْلَمُ [بِالصَّوَابِ] ^(١) .



(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

بَابُ

مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ، وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ مَا يَعْمَلُ

فِيهَا؛

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

بَابُ

مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ، وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

لَمَّا ذَكَرَ رُكْنَ الْإِجَارَةِ وَشَرْطَهَا مِنْ كَوْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةٌ، وَذَكَرَ أَيْضًا: أَيَّ وَقْتٍ تُسْتَحَقُّ الْأُجْرَةُ؛ ذَكَرَ هُنَا مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ أَوْ تَقْيِيدِهِ، وَذَكَرَ أَيْضًا مِنَ الْأَفْعَالِ مَا يُعَدُّ خِلَافًا مِنَ الْأَجِيرِ لِلْمُؤْجِرِ، وَمَا لَا يُعَدُّ خِلَافًا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا الْحِدَادَةَ وَالْقَصَارَةَ وَالطَّحَانَةَ»^(١).

قِيلَ: صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا قَالَ: اسْتَأْجَرْتُ هَذِهِ الدَّارَ كَذَا شَهْرًا، وَلَمْ يُبَيَّنْ شَيْئًا يَعْمَلُ فِيهَا، لَا السُّكْنَى وَلَا غَيْرَهَا، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ: (لِلسُّكْنَى)، مُتَّصِلًا بِـ(الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ)، أَي: اسْتِئْجَارِ دُورِ السُّكْنَى وَحَوَانِيتِ السُّكْنَى مِنْ غَيْرِ أَنْ يُبَيَّنَ مَا يَعْمَلُ فِيهَا جَائِزٌ.

وَهَذَا صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ شَيْخَ الْإِسْلَامِ عَلَاءَ الدِّينِ الْأَسْبَغَابِيَّ رحمته الله ذَكَرَ فِي «شرح الكافي» - الَّذِي هُوَ «مَبْسُوطُهُ» - فِي أَوَّلِ بَابِ إِجَارَةِ [٣٠٥/٦م] الدُّورِ وَالْبُيُوتِ:

(١) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

نهاية البيان

«وإذا استأجر الرجل داراً سنةً بكذا، ولم يُسمَّ الذي يُريدها له، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: هو جائز، وله أن يسكنها، ويسكنها من شاء، ويضع ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال ما خلا الرّحى والحِدَادَة والقَصَارَة؛ فإن هذا يضرُّ بالبناء، وليس له أن يفعلهُ إلا برضا صاحب الدار، أو يشترط عليه في الإجارة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رضي الله عنه، وهذا استحسان.

والقياس: ألا يجوز؛ لأنَّ المنافع تختلف باختلاف الاستعمال، فصار كما لو استأجر دابةً ولم يُبين أنه يركبها، أو يحمل عليها، فإنه لا يجوز، كذا [٤٩٢/٢] ههنا. وجه الاستحسان: أن المقصد من الدار إنما هو السكنى، وحفظ الأمتعة، وهذا لا يتفاوت بتفاوت الناس، ولهذا لو استأجر داراً ليسكنها؛ كان له أن يسكنها غيره، بخلاف الدابة؛ لأن منافعها تتفاوت بتفاوت الاستعمال، فلا بُدَّ من بيان الجهة؛ لتصير المنافع معلومةً.

فإن كان في الدار موضعٌ معدٌّ لربط الدواب؛ كان له ذلك وإلا فلا؛ لأنه يؤدّي إلى إفساد الدار؛ إذ ربط الدواب في موضع السكنى إفسادٌ، فلا يجوز، بخلاف الحِدَادَة والقَصَارَة؛ لأن هذا يضرُّ بالبناء ويوهنه، فلا يملكه إلا بالشرط، وكذلك الرّحى.

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنه: كلُّ عملٍ يفسد البناء ويوهنه فهو مثل الحِدَادَة والقَصَارَة والرّحى ^(١)، لما ذكرنا أنه يفسد البناء، فكان في معناه.

قال: ولو استأجرها للسكنى كلَّ شهرٍ بكذا؛ فله أن يربط فيها دابته وبغيره وشاته ويسكنها من أحب، وهذا إذا كان فيها موضعٌ معدٌّ لذلك على ما بيّنّا. كذا

(١) ينظر: «الأصل» للشيباني [٤٦٣/٣]، «المبسوط» للسرخسي [١٣٠/١٥].

لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتْ فَصَحَّ الْعَقْدُ.
وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ لِلْإِطْلَاقِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْكُنُ حَدَادًا وَلَا قَصَارًا

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله.

وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي كِتَابِ «الْآثَارِ»: عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ أَبِي حَصِينٍ ^(١)، عَنْ ابْنِ رَافِعٍ ^(٢)، عَنْ أَبِيهِ رحمته الله، عَنِ النَّبِيِّ صلوات الله عليه أَنَّهُ مَرَّ بِحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ فَقَالَ: «لِمَنْ هَذَا؟» قَالَ: لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، اسْتَأْجَرْتُهُ، قَالَ: «لَا تَسْتَأْجِرُهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ» ^(٣)، وَهَذَا الْحَدِيثُ دَلٌّ عَلَى جَوَازِ إِجَارَةِ الْعَقَارِ؛ إِذْ لَوْ لَمْ يَجْزُ؛ لَمْ يَكُنْ لِلتَّخْصِصِ فَائِدَةٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ قَوْلُهُ: (لِلسُّكْنَى) بِالْإِسْتِجَارِ، أَيْ: يَجُوزُ اسْتِجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِأَجْلِ السُّكْنَى وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ مَا يُعْمَلُ فِيهَا، وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا كُلَّ شَيْءٍ لَا يُوهِنُ الْبِنَاءَ وَلَا يُفْسِدُهُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ [٣٠٥/٦ م] كَلَامِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى)، يَعْنِي: أَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الدَّارِ فِي الْعُرْفِ: هُوَ السُّكْنَى، فَيَنْصَرِفُ مُطْلَقُ الْعَقْدِ إِلَى الْمُتَعَارَفِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَفَاوِتٍ، فَيَصَحُّ الْعَقْدُ، وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا كُلَّ شَيْءٍ لَا يُوهِنُ الْبِنَاءَ وَلَا يُفْسِدُهُ، كَالطَّبْخِ، وَالْحَبْزِ، وَالْخِيَاطَةِ، وَغَسْلِ الثَّوبِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا يُوهِنُ الْبِنَاءَ، فَإِنَّهُ لَيْسَ [لَهُ] ^(٤) ذَلِكَ، كَالْحِدَادَةِ وَالْقَصَارَةِ وَالطَّحَانَةِ.

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْكُنُ)، اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ) وَقَوْلُهُ:

(١) أَبُو حَصِينٍ: هُوَ عَثْمَانُ بْنُ عَاصِمٍ الْأَسَدِيُّ. ذَكَرَهُ مُسْلِمٌ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م»، وَ«س»، وَ«ن». وَيَنْظُرُ: «الْكُنَى وَالْأَسْمَاءُ» لِمُسْلِمَ بْنِ الْحَجَّاجِ [٢٧٤/١].

(٢) هُوَ عَبَّادُ بْنُ رَافِعٍ، كَذَا ذَكَرَ الْحَسَنُ فِي كِتَابِ: «الْمَجَرَّدِ». كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م»، وَ«س».

(٣) أَخْرَجَهُ: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْآثَارِ» [٦٥٨/٢]. وَالتَّطْبِيعُ فِي «الْمَعْجَمِ الْكَبِيرِ» [٤/ رَقْمَ

٤٣٥٤]، وَابْنُ خُسْرُو فِي «مُسْنَدِ أَبِي حَنِيفَةَ» [٦٧١/٢]، وَالتَّحَارُّثُ فِي «مُسْنَدِ أَبِي حَنِيفَةَ»

[٨١٨/٢]، مِنْ طَرِيقِ أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ أَبِي حَصِينٍ، عَنْ ابْنِ رَافِعٍ، عَنْ أَبِيهِ رحمته الله بِهِ.

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ج»، وَ«غ»، وَ«س».

وَلَا طَحَّانًا؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ الْبِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ الْعَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

غاية البيان

(يُسْكُنُ)، بفتح الياءِ مِنَ الثَّلَاثِيِّ الْمَجْرَدِ، فَيَكُونُ عَلَى هَذَا انتصابُ قوله: (حَدَّادًا)، أو (قَصَّارًا)، أو (طَحَّانًا) عَلَى الْحَالِ.

وَيُفْهَمُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ: عَدَمُ إِسْكَانِهِ غَيْرَهُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ، وَيَجُوزُ بَضْمُ الْيَاءِ، وَكُسْرُ الْكَافِ، وَانْتِصَابُ كُلِّ مِنْهَا عَلَى أَنَّهُ مَفْعُولٌ بِهِ.

فَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ: يُفْهَمُ عَدَمُ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ بِطَرِيقِ الْإِشَارَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَجْزُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُوهِنُ الْبِنَاءَ، وَفِي سُكْنَى نَفْسِهِ مُلْتَبَسًا بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

هَذَا الْمَعْنَى حَاصِلٌ، فَكَانَ فِي مَنَعِهِ عَنِ إِسْكَانِهِ غَيْرَهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَنَعِهِ عَنِ سُكْنَاهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَإِنَّمَا قُلْنَا: إِنَّ الْأَوَّلَ دَلَالَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكِ السُّكْنَى بِنَفْسِهِ؛ فَلَأَنَّ لَا يَمْلِكُهَا غَيْرُهُ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنْ يَقْعَدَ فِيهِ قَصَّارًا، فَأَرَادَ أَنْ يَقْعَدَ فِيهِ حَدَّادًا فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مَضَرَّتُهُمَا وَاحِدَةً، أَوْ مَضَرَّةُ الْحَدَّادِ أَقْلٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ فِيهِ ضَرَرٌ^(١) زَائِدٌ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مَضَرَّةً؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ الضَّرَرِ، وَكَذَلِكَ الرَّحَى، وَالْمَسْلَمُ، وَالذَّمِي، وَالْحَزْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ، وَالْحُرُّ، وَالْمَمْلُوكُ التَّاجِرُ، وَالْمَكَاتِبُ، كُلُّهُمْ سِوَاءٌ فِي الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى إِقَامَةِ الْمَصَالِحِ الدُّنْيَوِيَّةِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَمْلِكُ إِقَامَةَ مَصَالِحِ دُنْيَاهُ، وَلِأَنَّهُ نَوْعُ تِجَارَةٍ، وَكُلُّ [٢/٤٩٣] وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ».

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «فِي ضَرَرٍ». وَالْمُثَبَّتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَبِجُوزِ اسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعَهُودَةٌ فِيهَا
وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ ، وَلَا انْتِفَاعَ إِلَّا بِهِمَا

غاية البيان

وقال بعد هذا في هذا الباب قريباً من خمسة عشر ورقة: «رَجُلٌ تَكَارَى بَيْتًا
وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَعْمَلُ فِيهِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ الْقَصَارَةَ وَنَظَائِرَهَا ؛ لِأَنَّ
الْبَيْتَ يُقْصَدُ بِهِ السُّكْنَى ، وَوَضِعُ الْأَقْمَشَةِ ، فَكَانَتِ الْمَنْفَعَةُ الْمَطْلُوبَةُ مِنْهُ مُتَعَيَّنَةً ؛
فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّعْيِينِ ، وَمَتَى تَعَيَّنَ السُّكْنَى فَكُلُّ عَمَلٍ يَكُونُ فِي مَعْنَى السُّكْنَى وَلَا
يُضِرُّ بِالْبِنَاءِ يَمْلِكُهُ ، وَكُلُّ مَا عَادَ ضَرَرُهُ إِلَى الْبِنَاءِ لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ .

فَإِنْ عَمِلَ الْقَصَارَةَ فِيهِ فَانْهَدَمَ الْبَيْتُ مِنْ عَمَلِهِ [٦/٣٠٦ م] ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ ؛ لِأَنَّهُ
صَارَ مُخَالَفًا ، فَأَنْزَلَ غَاصِبًا وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ مَعَ الضَّمَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ ،
وَأِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَا فِعْلَهُ إِتْلَافًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ ، وَالْإِتْلَافُ لَا يُقَابَلُ بِالْأَجْرِ ،
وَإِنْ سَلِمَ أَوْ جَبَتْ عَلَيْهِ الْأَجَرَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ بِنَفَازِ الْعَقْدِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ نَفْعٌ
رَاجِعٌ إِلَى السَّيِّدِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُهُ ، فَحَكَمْنَا بِالنَّفَازِ عَلَيْهِ .

قوله: (وَبِجُوزِ اسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي
«مَخْتَصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يَزْرَعُ فِيهَا ، أَوْ يَقُولُ: عَلَى
أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ»^(١) .

اعلم أولاً: أَنَّ الْأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا لِلزَّرَاعَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهَا مَعْلُومَةٌ يُمَكِّنُ
اسْتِيفَاؤَهَا ، فَجَازَ الْاسْتِئْجَارُ كَالِاسْتِعَارَةِ ، ثُمَّ لَمَّا جَازَ اسْتِئْجَارُهَا لَا يَصِحُّ
الْاسْتِئْجَارُ حَتَّى يُبَيَّنَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا مِنْ أَنْوَاعِ الزَّرَاعَةِ ، أَوْ يَقُولُ: يَزْرَعُ فِيهَا أَيَّ نَوْعٍ
شَاءَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَزْرَعُ مُتَفَاوِتٌ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ عَلَى الْأَرْضِ وَنُقْصَانَهَا بِهِ ظَاهِرٌ ،
وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مَعَ جَهَالَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ النِّوعِ الْمَزْرُوعِ ؛ لِيَقَعَ الْعَقْدُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١] .

فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ لَا الْإِنْتِفَاعَ فِي الْحَالِ ، حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الْجَحْشِ وَالْأَرْضِ السَّبْخَةِ فَلَا يَدْخُلَانِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

صَحِيحًا بَارْتِفَاعِ الْجِهَالَةِ .

أَمَّا إِذَا قَالَ : عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ ؛ جَازَ الْعَقْدُ بِلَا بَيَانِ النُّوعِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ كَانَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ صَاحِبُ الْأَرْضِ بِذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ فِي جَمِيعِهِ مَعْلُومَةٌ .

ثُمَّ لَمَّا جَازَ اسْتِجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ وَصَحَّ ؛ دَخَلَ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُعَقَّدُ لِلْإِنْتِفَاعِ ، وَ[لَا] ^(١) اِنْتِفَاعٌ بِالْأَرْضِ إِذَا لَمْ يَدْخُلِ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ ، فَيَدْخُلَانِ لِيَتَحَقَّقَ الْإِنْتِفَاعُ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْأَرْضَ أَوْ الْبَيْتَ ، حَيْثُ لَا يَدْخُلُ الطَّرِيقُ وَالشَّرْبُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ ، أَوْ يَقُولَ : بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ : هُوَ تَمَلُّكُ الرَّقَبَةِ ، لَا الْإِنْتِفَاعَ بَعَيْنِهَا .

وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ الْجَحْشِ الَّذِي لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْحَالِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْأَرْضِ السَّبْخَةِ ^(٢) ، وَلَا يَجُوزُ إِجَارَتُهُمَا لِعَدَمِ الْإِنْتِفَاعِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ فِي بَابِ الْحُقُوقِ ، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ : (وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ) .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ فِي شَرْحِهِ لـ «لِجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «وَكَانَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ : إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ فِي بِلَدِنَا ، فَالشَّرْبُ لَا يَدْخُلُ فِي الْإِجَارَةِ بَغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٢) السَّبْخَةُ - بَقْعُ الْبَاءِ وَكُسْرُهَا - : أَرْضٌ ذَاتُ مِلْحٍ وَنَزٌّ ، لَا تَكَادُ تُنْبِتُ ، وَجَمْعُهَا : سَبَاخٌ وَسَبَاخَاتٌ .

وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يُزْرَعُ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَّفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ؛ كَيْلَا تَقَعَ الْمُنَازَعَةُ أَوْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يُزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الْخِيَرَةَ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتْ الْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

النَّاسَ يَتَمَوَّلُونَ بِالْمَاءِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَدْخُلَ فِيهَا إِلَّا بِالْشَرْطِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسِينَجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الطحاوي»: «وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَانُوتًا وَلَمْ يُسَمِّ [٣٠٦/٦ م] مَا يَعْمَلُ فِيهِ؛ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ مَا بَدَأَ لَهُ إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ فِيهِ حَدًّا، وَلَا قَصَارًا، وَلَا طَحْنًا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُوهِنُ الْبِنَاءَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَيْءٍ اسْتَوْجَرَ وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ؛ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ جَنْسَ ذَلِكَ الْعَمَلِ إِلَّا فِي أَشْيَاءٍ مَعْدُودَةٍ: إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَنْ يَرْكَبُهَا، أَوْ اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا وَلَمْ يُبَيِّنْ مَنْ يَلْبَسُهُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ قَدْرًا لِلطَّبْخِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَا يُطْبَخُ فِيهِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَا يُزْرَعُ فِيهَا [٤٩٣/٢ ط]؛ فَالْإِجَارَةُ فِي هَذَا كُلِّهِ فَاسِدَةٌ.

فَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَفْسَخُ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ قَبْلَ الْفَسْخِ؛ يَتَعَيَّنُ أَوَّلُ الرَّاكِبِ وَأَوَّلُ اللَّابِسِ، فَكَذَلِكَ إِذَا طَبَخَ فِي الْقَدْرِ، أَوْ زَرَعَ فِي الْأَرْضِ؛ يَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ، وَجَازَتْ الْإِجَارَةُ، وَيَجِبُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (مَا يُزْرَعُ فِيهَا)، وَهُوَ مَذْكُورٌ مَرَّتَيْنِ: الْأَوَّلُ: عَلَى صِيغَةِ الْمَبْنِيِّ لِلْفَاعِلِ، وَالثَّانِي عَلَى صِيغَةِ الْمَبْنِيِّ لِلْمَفْعُولِ.

قَوْلُهُ: (لِلزَّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا)، أَرَادَ بَغِيرَ الزَّرَاعَةِ: الْبِنَاءَ، وَالْغَرْسَ، وَطَبْخَ الْأَجْرِ وَالْخَرْفَ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِنْ سَائِرِ الْإِنْتِفَاعِ بِالْأَرْضِ.

(١) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَسِينَجَابِيِّ [٢٨٩/ق].

قال: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ السَّاحَةَ لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أَوْ شَجَرًا؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ تُقْصَدُ بِالْأَرْضِ.

ثُمَّ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسَلِّمَهَا فَارِغَةً؛

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ السَّاحَةَ لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أَوْ شَجَرًا)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ، يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الْأَرْضِ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا كَالسُّكْنَى.

وَالسَّاحَةُ - بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ -: هِيَ الْأَرْضُ الْخَالِيَةُ مِنَ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ.

قوله: (ثُمَّ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسَلِّمَهَا فَارِغَةً)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ^(٢) أَيْضًا.

وَقَالَ فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِجَارَةِ مِنَ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: إِذَا مَضَتْ الْإِجَارَةُ وَقَدْ جُعِلَ فِي الْأَرْضِ رَطْبَةٌ؛ قُلِعَتْ الرُّطْبَةُ»^(٣)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا نَهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، فَلَوْ لَمْ تُقْلَعْ الرُّطْبَةُ أَوْ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ؛ بَطَلَ حَقُّ صَاحِبِ الْأَرْضِ، فَوَجَبَ رَدُّهَا فَارِغَةً، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلسُّكْنَى، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ لَمْ يُذْرِكْ، حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمَثَلِ إِلَى أَنْ يُذْرِكْ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ يُتْرَكُ الزَّرْعُ بِالْأَجْرِ الْمُسَمَّى.

قَالَ صَاحِبُ «الْأَجْنَاسِ» - نَاقِلًا عَنْ كِتَابِ «الْمَزَارَعَةِ»^(٤) -: «وَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ؛ يُتْرَكُ بِحَسَابِ الْمُسَمَّى إِلَى وَقْتِ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢].

(٤) وقع بالأصل: «الزراعة». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

لأنه لا نهاية لها ففي إبقائهما إضراراً بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت
والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك؛ لأن لها^(١) نهاية معلومة
[١١٥/و] فأمكن رعاية الجانيين.

غاية البيان

إدراك الغلة، وبمثله [٣٠٧/٦م] لو انقضت المدة يترك بأجر مثلها، وفرق بينهما:
بأنه بانتهاء مدة الإجارة لم يبق حكم ما تراضيا من المدة.

ألا ترى أنه بانقضاء المدة ارتفعت هي، فاحتيج إلى تسمية جديدة، ولا
كذلك قبل انقضاء المدة؛ لأنه بقي بعض المدة التي سمّاها، فلم يُرفع حكمها،
فاستغني عن تسمية جديدة^(٢).

وقال في «شرح الأقطع»^(٣): وقد قال الشافعي رحمته الله في هذه المسألة^(٤): إنه
إذا شرط في العقد قلعه بعد انقضاء المدة؛ فله المطالبة بالقلع، وإن أطلق العقد
فالمؤجر بالخيار: إن شاء طالبه بالقلع وضمن له الثمن الذي يحصل بالقلع،
وإن شاء أعطاه القيمة وملك الغرس، وإن شاء تركه بأجر المثل، كما إذا انقضت
المدة وفي الأرض زرع.

جوابه: أن القلع يجب في الزرع أيضاً كما في الغرس، إلا أن الزرع له نهاية
معلومة وقتها قريب، فكملنا منفعة الزرع إلى الإدراك بالأجر رعاية للحقين،
والغرس ليس له نهاية معلومة ينتظر قلعه فيها، فكان في تبقّيته إبطال حق صاحب
الأرض، فلذلك وجب قلعه للحال، فظهر الفرق.

(١) في حاشية الأصل: «خ، أصح: له».

(٢) ينظر: «الأجناس» للناظمي [١٣٦/٢ - ١٣٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٤].

(٤) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [١٧٨/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبهوي

[٤٨٥/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٥٩/٢].

قَالَ: إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيَمَةُ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكُهُ، وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الْغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ يُنْقَصَ الْأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ.

غاية البيان

وإنما قلنا: إن فيه رعاية الحَقَّين؛ لأنه لو قُلِعَ الزرع للحال يَتَضَرَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ، ولو تُرِكَ إلى الإدراكِ بلا أجرٍ؛ يَتَضَرَّرُ صَاحِبُ الْأَرْضِ، فكانَ في تَبَقُّيْتِهِ بِالْأَجْرِ رعاية الحَقَّينِ لَا مُحَالَةً، ونظيرُ مسألةِ الزرعِ في الغَرْسِ: أَنْ تَنْقُصِيَ الْمَدَّةُ وَفِي الْغَرْسِ ثَمَرٌ لَمْ يُدْرِكْ أَنَّهُ يُبْقَى الْغَرْسُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إِلَى حِينِ إِدْرَاكِهَا.

قوله: ([قَالَ] ^(١)): إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيَمَةُ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكُهُ)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله في «مختصره» ^(٢)، وهذا استثناءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (لَزِمَهُ [٤٩٤/٢] أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ).

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله: (وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الْغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تُنْقَصَ الْأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا؛ فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ)، يَعْنِي: إِذَا اخْتَارَ صَاحِبُ الْأَرْضِ غَرَامَةَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ؛ لَهُ ذَلِكَ، وَلَكِنْ بِرِضَا صَاحِبِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، لَا جَبْرًا، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ نَقْصَانٌ بِالْأَرْضِ؛ فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا صَاحِبُ الْأَرْضِ بِقِيَمَتِهِمَا مَقْلُوعَيْنِ بِلَا رِضَا صَاحِبِ الْغَرْسِ وَالشَّجَرِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْغَرْسَ تَبَعَ لِلْأَرْضِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ وَتَسْمِيَةٍ، وَفِي قَلْعِهِ ضَرَرٌ بِالْأَرْضِ، فَوَقَفَ الْقَلْعُ عَلَى اخْتِيَارِ صَاحِبِ الْأَرْضِ: إِنْ شَاءَ قَلَعَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَه، فَيَلْزِمُهُ قِيَمَةُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ مُتَّصِلٍ بِمِلْكِهِ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْهُ وَجَبَ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ، وَلَكِنْ مَقْلُوعًا؛ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الْقَلْعِ، فَأَنْزِلَ مَقْلُوعًا.

وَالْغَرْسُ: يُرْوَى بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ جَمِيعًا [٣٠٧/٦م]، وَالثَّانِي ظَاهِرٌ، وَالْأَوَّلُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

قَالَ: أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ، فَيَكُونُ الْبِنَاءُ لِهَذَا، وَالْأَرْضُ لِهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ قَلَّةٌ أَلَّا يَسْتَوْفِيَهُ.

وَفِي: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ»: وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ، وَفِي الْأَرْضِ رَطْبَةٌ فَإِنَّهَا تُقْلَعُ؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ لَا نِهَايَةَ لَهَا فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ.

قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ مَنفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ

غَايَةُ الْبَيَانِ

على إرادة المفعول من المصدر.

قَوْلُهُ: (قَالَ: أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ، فَيَكُونُ الْبِنَاءُ لِهَذَا، وَالْأَرْضُ لِهَذَا)،
أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، يَعْنِي: إِذَا رَضِيَ صَاحِبُ الْأَرْضِ تَرْكَ
الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ كَمَا كَانَ؛ فَحِينَئِذٍ يُتْرَكُ كَذَلِكَ، وَيَكُونُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ لَصَاحِبِ الْبِنَاءِ
وَالْغَرْسِ، وَالْأَرْضُ لَصَاحِبِ الْأَرْضِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَصِيرُ عَارِيَّةً فِي يَدِهِ،
وَذَلِكَ جَائِزٌ.

وَلَهُمَا أَنْ يُؤَاجِرَاهُمَا مِنْ أَجْنَبِيٍّ، فَإِنْ فَعَلَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْسِمَا الْأَجَرَ عَلَى قِيَمَةِ
الْأَرْضِ مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ، وَعَلَى قِيَمَةِ الْبِنَاءِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
حِصَّةَ ذَلِكَ^(٢). كَذَا فِي «شَرْحِ الْأَقْطَعِ».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ
فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣)، وَذَلِكَ لِمَا رَوَى الْوَاحِدِيُّ فِي كِتَابِ «أَسْبَابِ نَزُولِ الْقُرْآنِ»^(٤):
بِإِسْنَادِهِ إِلَى الْعَلَاءِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ التَّيْمِيِّ قَالَ: «سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ فَقُلْتُ:

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٤].

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠١].

(٤) ينظر: «أسباب نزول القرآن» للواحدى [ص/٦٢].

مَعْمُودَةً فَإِنْ أَطْلُقَ الرُّكُوبَ ؛ جازَ لَهُ أَنْ يُرَكِبَ مِنْ شَاءَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ . وَلَكِنْ إِذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرَكَبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَكِبَ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنْ

نهاية البيان

إِنَّا قَوْمٌ نُكْرَى فِي هَذَا الْوَجْهِ ، وَإِنَّ قَوْمًا يَزْعُمُونَ أَنَّهُ لَا حَجَّ لَنَا . قَالَ : أَلَسْتُمْ تُلَبُّونَ ، أَلَسْتُمْ تَطُوفُونَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ؟ أَلَسْتُمْ أَلَسْتُمْ ؟ قَالَ : بَلَى ، قَالَ : إِنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ عَمَّا سَأَلْتَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَذَرِ مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حَتَّى نَزَلَتْ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٨] . فَدَعَاهُ فَتَلَا عَلَيْهِ حِينَ نَزَلَتْ ، فَقَالَ : أَنْتُمْ الْحُجَّاجُ ^(١) .

فَدَلَّ الْحَدِيثُ : أَنَّ اسْتِجَارَ الدَّوَابِّ جَائِزٌ ، وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَرَدَتْ عَلَى مُحَلٍّ مُنْتَفِعٍ بِهِ لِمَتْلُكِ مَنَفْعَةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالتَّقْدِيرِ بِزَمَانٍ ، أَوْ مَكَانٍ ، وَقَدْ قَدَّرَهَا بِالِانْتِفَاعِ فَجَازَ .

قَوْلُهُ : (فَإِنْ أَطْلُقَ الرُّكُوبَ ؛ جَازَ لَهُ أَنْ يُرَكِبَ مِنْ شَاءَ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢) .

اعْلَمْ أَوَّلًا : أَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ مُطْلَقًا ، وَلَمْ يُسَمِّ مَنْ يَرْكَبُهُ ؛ لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا بِاللُّبْسِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ مَنْ يَلْبَسُهُ ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ قِدْرًا لِلطَّبْخِ ، وَلَمْ يُسَمِّ مَا يُطْبَخُ فِيهَا ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ ، وَلَمْ يُسَمِّ مَا يُزْرَعُ فِيهَا ، وَقَدْ رَوَيْنَا ذَلِكَ عَنْ «شرح الطحاوي» ، عِنْدَ بَيَانِ قَوْلِهِ : (وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ) .

(١) أَخْرَجَهُ : أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْمَنَاسِكِ / بَابِ الْكَرِيِّ [رقم/١٧٣٣] ، وَأَحْمَدُ فِي «المسند» [١٥٥/٢] ، وَالدَّارِقُطْنِيُّ فِي «سننه» [٢٩٢/٢] ، وَالْحَاكِمُ فِي «المستدرک علی الصحیحین» [٦١٨/١] ، وَعَنْهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السنن الکبری» [٣٣٣/٤] ، مِنْ طَرِيقِ أَبِي أُمَامَةَ التَّيْمِيِّ قَالَ : سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ ﷺ بِهِ . قَالَ الْحَاكِمُ : «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ» .

(٢) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠١] .

الأصل، والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس.

﴿ غايه البيان ﴾

فبعد ذلك إن قال قائل: كيف قال القدوري هنا: «فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء».

قلت: المراد من الإطلاق التعميم في الإجارة بدون التقييد بركوب شخص بعينه، بأن قال: آجرتكها على أن تركب من شئت.

ولهذا قال في [٣٠٨/٦م] «شرح الأقطع»^(١): «وهذا الذي ذكره إنما يريد به إذا وقع العقد على أن يركب من شاء، وذلك لأنه إذا أطلق الركوب، فعقد الإجارة فاسد؛ لأن الركوب يختلف اختلافاً كثيراً، فصار [٤٩٤/٢ظ] الركوبان من شخصين كالجنسين، فيكون المعقود^(٢) عليه مجهولاً، فلا يصح العقد.

فإن [قال]^(٣): تركب من شئت؛ صح العقد وإن لم يسم شخصاً بعينه؛ لأنه إنما منعنا^(٤) من صحته لما لحق المالك؛ للضرر الذي يحصل في بعض الركوب، فإذا رضي به صار المعقود عليه معلوماً فجاز، كما في الأرض إذا قال: على أن يزرع فيها ما شاء، ثم إذا فسدت الإجارة في إطلاق الركوب، واستعملها قبل الفسخ؛ يتعين أول الراكب، وكذا في الثوب ونحوه، وقد مر ذلك قبل هذا.

ثم فيما إذا أطلق الركوب وقال: على أن تركب من شئت إذا ركب هو، أو أركبها غيره؛ ليس لأحد أن يركبها بعد ذلك؛ لأن الناس متفاوتون في الركوب، فلما تعين أول راکب ليس لغيره أن يركبها.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٣٠٥/ق].

(٢) وقع بالأصل: «العقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) وقع بالأصل: «معناه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَأِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوبَ فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرُهُ، أَوْ
الْبَسَهُ غَيْرُهُ، فَعَطِبَ؛ كَانَ ضَامِنًا؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللَّبْسِ
فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

وكذا إذا قال: آجَرْتُكَ هَذَا الثَّوبَ لَتَلْبَسَهَا مَنْ شِئْتَ، فإذا لَبَسَ هُوَ أَوْ الْبَسَهُ
غَيْرُهُ؛ يَتَعَيَّنُ مرادًا، فليس لغيره أَنْ يَلْبَسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَارَ كَأَنَّهُ نَصَّرَ عَلَيْهِ
مِنَ الْأَصْلِ.

قوله: (وَأِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوبَ فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرُهُ،
أَوْ الْبَسَهُ غَيْرُهُ، فَعَطِبَ؛ كَانَ ضَامِنًا)، هذا لفظُ الْقُدُورِيِّ في «مختصره»^(١)، وذلك
لِأَنَّ الرُّكُوبَ يَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الْعِلْمِ بِالرُّكُوبِ، قُرْبًا
نَحِيفٍ يَكُونُ رُكُوبُهُ أَضَرَّ عَلَى الدَّابَّةِ لَجَهْلِهِ، وَرُبَّ ثَقِيلٍ لَا يُضِرُّ رُكُوبُهُ بِالدَّابَّةِ
لِعِلْمِهِ، فَإِنْ أَرْكَبَهَا غَيْرُهُ كَانَ ضَامِنًا؛ لِأَنَّ الرُّكُوبَ لَمَّا كَانَ مُخْتَلَفًا بِاخْتِلَافِ
الْمُسْتَعْمِلِ؛ صَارَ كَالْجَنْسَيْنِ.

فلو استأجرها لجنسٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ واستوفى غيرها؛ كَانَ غَاصِبًا ضَامِنًا،
فكَذَلِكَ هَذَا، فَيُضْمَنُ وَلَا أُجْرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ مَعَ الضَّمَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ.

وكذا اللَّبْسُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، فإذا لَبَسَهُ غَيْرُهُ كَانَ ضَامِنًا إذا
عَطِبَ، وَإِنْ سَلِمَ لَمْ يَجِبِ الْأَجْرُ أَيْضًا، وَفِي الْحَانُوتِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُقْعِدَ فِيهِ الْقَصَّارَ
وَالْحَدَّادَ وَالطَّحَّانَ، وَلَوْ أَقْعَدَ صَارَ مُخَالَفًا، وَيُضْمَنُ قِيمَتَهُ إِذَا عَطِبَ، وَإِنْ سَلِمَ
تَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا سَلِمَ يُبَيَّنُّ أَنَّهُ لَمْ يُخَالَفْ، وَأَنَّهُ مِمَّا لَا يُوهِنُ الدَّارَ، وَلَا يُشْبِهُ
الدَّابَّةَ وَالثَّوبَ^(٢). كذا في «شرح [٣٠٨/١] الطَّحَاوِيِّ».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْيْنِيَّابِيِّ [ق/٢٨٩].

وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ؛ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرَ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ وَالَّذِي يُضَرُّ بِالْبِنَاءِ، وَالَّذِي يُضَرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

غاية البيان

قوله: (وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»^(١)، يَعْنِي: إِذَا عَيَّنَ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ اسْتِعْمَالَ شَخْصٍ بَعَيْنِهِ؛ لَا يَجُوزُ لِغَيْرِهِ أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ؛ لِاخْتِلَافٍ فِي الِاسْتِعْمَالِ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، فَيَلْزَمُ الضَّمَانُ بِاسْتِعْمَالِ الْغَيْرِ.

قوله: (فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ؛ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمته الله في «مختصره»^(٢)، يَعْنِي: إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا، أَوْ حَانُوتًا لِيُسْكِنَ هُوَ؛ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْكِنُ حَدَادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ السُّكْنَى إِذَا لَمْ تَخْتَلِفْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ جَنْسٍ وَاحِدٍ، فَالِإِذْنُ فِي اسْتِيفَائِهَا إِذْنٌ فِي اسْتِيفَاءِ مِثْلِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمَلَ عَلَيْهَا هَذَا الطَّعَامَ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا مِثْلَهَا جَارًا، فَكَذَا هَاهُنَا.

قوله: (وَالَّذِي يُضَرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ)، أَي: الَّذِي فِيهِ ضَرَرٌ بِالْبِنَاءِ كَالْحِدَادَةِ، وَالْقَصَّارَةِ، وَالطَّحَّانَةِ؛ خَارِجٌ عَنْ مُطْلَقِ قَوْلِهِ: (فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ)، يَعْنِي: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَ حَدَادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا بِمَجْرَدِ اسْتِئْجَارِ الدَّارِ أَوْ الْحَانُوتِ لِلْسُّكْنَى، إِلَّا إِذَا نَصَّ عَلَى ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ.

وقوله: (عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ)، إِشَارَةٌ إِلَى الِاسْتِثْنَاءِ الْمَذْكُورِ فِي أَوَّلِ الْبَابِ بِقَوْلِهِ:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/١٠٢].

قال: وإن سَمِيَ نوعًا وقَدَرًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: خَمْسَةُ أَفْزَرَةٍ حِنْطَةٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ، أَوْ أَقْلٌ، كَالشَّعِيرِ وَالسَّمْسِمِ؛

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

(إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسَكِّنُ حَدَادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ الْبِنَاءَ).

قوله [٢/٤٩٥و]: (قَالَ: وَإِنْ سَمِيَ نَوْعًا وَقَدَرًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: خَمْسَةُ أَفْزَرَةٍ حِنْطَةٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ، أَوْ أَقْلٌ، كَالشَّعِيرِ وَالسَّمْسِمِ)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قال بعضهم: فِيهِ لَفٌّ وَنَشْرٌ، يُرْفَعُ قَوْلُهُ: (كَالشَّعِيرِ)، إِلَى قَوْلِهِ: (مِثْلُ الْحِنْطَةِ)، فِي الضَّرَرِ، وَيُرْفَعُ قَوْلُهُ: (وَالسَّمْسِمِ)، إِلَى قَوْلِهِ: (أَقْلٌ).

وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الشَّعِيرَ لَيْسَ مِثْلَ الْحِنْطَةِ بَلْ أَخَفُّ مِنْهَا، وَلِهَذَا لَوْ شَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ رَطْلِ مِنَ الشَّعِيرِ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا مِثْلَ رَطْلِ مِنَ الْحِنْطَةِ، ضَمِنَ إِذَا عَطِبَتْ، فَلَوْ كَانَ مِثْلًا لَهَا لَمْ يَضْمَنْ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً زَيْدٍ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً عَمْرٍو بِذَلِكَ الْكِيلِ لَمْ يَضْمَنْ، بَلْ قَوْلُهُ: (كَالشَّعِيرِ وَالسَّمْسِمِ). جَمِيعًا نَظِيرُ قَوْلِهِ: (أَقْلٌ).

وَالْأَصْلُ هُنَا: مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: أَنَّ مَنْ اسْتَحَقَّ مَنَفَعَةً مَقْدَرَةً بِالْعَقْدِ، فَاسْتَوْفَى تِلْكَ الْمَنَفَعَةَ، أَوْ مِثْلَهَا، أَوْ أَقْلَ مِنْهَا جَازًا، وَإِنْ اسْتَوْفَى أَكْثَرَ مِنْهَا لَمْ يَجْزُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّعْيِينَ فِي [١/٣٠٩و٢] الْعُقُودِ يَجِبُ حُكْمُهُ إِذَا كَانَ لَهُ فِيهِ فَائِدَةٌ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ فَائِدَةٌ سَقَطَ التَّعْيِينُ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قَفِيرًا مِنْ حِنْطَةِ زَيْدٍ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا قَفِيرًا مِنْ حِنْطَةِ عَمْرٍو، وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الصِّفَةِ جَازًا؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ عَلَى الدَّابَّةِ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت، أو لكونه خيراً من الأول وليس له أن يحمل ما هو أضرب من الحنطة كالمِلح والحديد؛ لانعدام الرضا فيه.....

غاية البيان

واحد، فإذا استأجرها ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها مكيلاً آخر، ثقله كثقل الحنطة، وضرره كضررها جاز؛ لأنه استوفى مثل ما سمّاه.

وكذلك من استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً سمّاه، فزرع غيره، وهما متساويان في الضرر بالأرض، فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة، فحمل عليها قفيزاً من شعير جاز؛ لأن ضرر الشعير أقل لخفته، فقد استوفى أقل ممّا شرط.

وعلى هذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً، فزرع نوعاً آخر ضرره أقل من المسمّى، فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من شعير، فحمل قفيزاً من حنطة ضمن؛ لأنه أكثر ممّا شرطه، واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها، وليس باستحقاق لما زاد عليها.

وأما ما تختلف منفعته لا للثقل، كمن استأجر دابةً ليحمل عليها مئة من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديداً، أو أقل؛ ضمن؛ لأن الضرر هاهنا ليس للثقل^(١)، لكن للجنس.

ألا ترى أن القطن ينبسط على ظهرها، والحديد يجتمع في مكان واحد، وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها، فركبها من هو مثله في الثقل، أو أخف؛ ضمن؛ لأن اختلاف الركوب ليس هو بالثقل، وإنما هو بالحذق في الركوب.

ألا ترى أن الثقل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة، والخفيف الذي لا يحسن يضر بها^(٢). كذا ذكر القُدوري رحمه الله في «شرح».

(١) لأنهما في الثقل سواء. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [ق/٧٤].

وإن استأجرها ليَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَاءً؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرُّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الْحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهِ وَالْقُطْنَ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهِ.

غاية البيان

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمته الله في «شرح الكافي»: «وإذا سَمِيَ ما يَحْمِلُ عَلَيْهَا، فَحَمَلَ عَلَيْهَا غَيْرَهُ مِمَّا هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ إِلَى خَيْرٍ، فَتَجِبُ الْأَجْرُ، وَإِنْ كَانَ أَثْقَلَ مِنْهُ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ أَضَرَّ عَلَى الدَّابَّةِ.

فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ، وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجَامَعُ الضَّمَانُ، نَحْوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا كَذَا مِنَ الشَّعِيرِ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا مِثْلَهُ مِنَ الْحِنْطَةِ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمِ حِنْطَةٍ لَهُ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَهُ مِنْ حِنْطَةٍ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَتَفَاوَتُ فِي حَقِّ الْحَمْلِ، فَلَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ ضَرَرٌ عَلَى الدَّابَّةِ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ».

قوله: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَاءً؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)، هذا لفظُ الْقُدُورِيِّ في «مختصره»^(١)، وذلك لَا بِاعْتِبَارِ الثَّقَلِ؛ لِأَنَّ مِثْلَ مِثْلٍ مِنَ الْحَدِيدِ لَيْسَ بِأَثْقَلَ مِنْ مِثْلٍ مِنَ الْقُطْنِ، بَلْ بِاعْتِبَارِ أَنَّ هَذَا الْجَنْسَ أَضَرُّ [٤٩٥/٢ ظ] عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ ذَلِكَ الْجَنْسِ؛ لِأَنَّ الْحَدِيدَ يُضِرُّ بِالدَّابَّةِ لَصَلَابَتِهِ وَخُسُونَتِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْقُطْنُ، وَلِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ، وَالْحَدِيدُ يَجْتَمِعُ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَلَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ حَمَلَ الْحَدِيدَ ضَمِنَ، وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا، وَاسْتِيفَاءُ مَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْعَقْدُ غَضَبٌ، فَوَجَبَ الضَّمَانُ، وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٢].

قَالَ: وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا، فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ [١١٥/ظ] بِالثَّقَلِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّائِبِ الْخَفِيفِ وَيَخَفُ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالْفُرُوسِيَّةِ،

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا، فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالثَّقَلِ)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّابَّةَ لَا تَتَلَفُ بِالثَّقَلِ، بَلْ بِالْجَهْلِ بِالرُّكُوبِ، فَرُبَّ سَمِينٍ ثَقِيلٍ الْجَثَّةِ إِذَا كَانَ يُحْسِنُ الرُّكُوبَ كَانَ أَخَفَّ عَلَى الدَّابَّةِ مِنَ الرَّجُلِ النَحِيفِ الْخَفِيفِ^(٢) الَّذِي لَا يُحْسِنُ الرُّكُوبَ.

فَصَارَ تَلَفُهَا بِرُكُوبِهَا كَتَلَفِهَا بِجَرَّاحَتِهَا، فَيُعْتَبَرُ عَدَدُ الرَّائِبِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الثَّقَلُ وَالْخِفَّةُ، كَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَرَّاحَةِ كَثْرَتُهَا وَقِلَّتُهَا، بَلْ يُعْتَبَرُ عَدَدُ الْجُنَّاتِ، حَتَّى إِذَا جَرَحَ أَحَدُهُمَا جَرَّاحَةً [وَاحِدَةً]^(٣)، وَالْآخَرُ سَبْعَ جَرَّاحَاتٍ؛ كَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا أَنْصَافًا، وَلِأَنَّ الْأَدْمِيَّ لَا يُوزَنُ بِالْقَبَّانِ، فَلَا يُعْتَبَرُ الثَّقَلُ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ لِعَدَدِ الرَّائِبِ، إِلَّا أَنَّ رُكُوبَ أَحَدِهِمَا مَأْذُونٌ فِيهِ، وَرُكُوبُ الْآخَرِ لَيْسَ مَأْذُونًا فِيهِ، فَيُضْمَنُ النِّصْفَ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ يُمَكِّنُ أَنْ يَرْكَبَهَا اثْنَانِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُمَكِّنُ فَعَلَيْهِ جَمِيعُ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ إِتْلَافَهَا»^(٤).

وَقَالَ فِي «الذَّخِيرَةِ»: «لِلْمَالِكِ الْخِيَارُ فِي التَّضْمِينِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجَرَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ ذَلِكَ الْغَيْرَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجَرَ لَا يَرْجِعُ عَلَى ذَلِكَ الْغَيْرِ أَصْلًا،

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

(٢) وقع بالأصل: «الرجل التخفيف». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

وإن صمّر ذلك الغير رجّع على المُستأجر إن كان استأجر منه ، وإن كان استعارها منه فلا .

وقال في «شرح الكافي»: «ولو ركب هو وحمل معه آخر فسلمت ؛ فعليه انكراء كله ؛ لأنه وجب في مقابلة الانتفاع بالدابة ، وقد حصل ، وبياردا في غيره لا يصير تاركاً للانتفاع بها ، فإن عطيت بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب ؛ فعليه الأجر كله ؛ لما بيننا أنه وجب مقابلاً بالمنافع ، وقد حصلت مُستوفاة ، وعليه نصف القيمة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد عليهم السلام ؛ لأنه متعدّد في حق إركاب [١/٣١٠] غيره ، لا في حق إركاب نفسه ، فيجب عليه نصف الضمان ؛ لاتصاف أحد الفعلين بكونه متعدّياً .

سوى هاهنا في الضمان بين الرجلين ، ولم يعتبر تفاوتهما من حيث الثقل والخفة ، واعتبر ذلك في الحمل .

والفرق بينهما: أن التلف هناك حصل بالثقل ، وأنه متفاوت ، فيتفاوت الضمان . أما هاهنا: فالتلف ما حصل بالثقل ، بل بجهالة الركوب ، فيتعدّد تعليق الحكم بالثقل ، وعلّقناه بأصل الركوب ، وكلاهما يستويان فيه .

علل في الكتاب وقال: ليس الرجال يؤزن بالقبان^(١) ، وهذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له ، فأما إذا أقعده في السرج ؛ صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الأجر ؛ لأنه رفع يده عن الدابة ، وأوقعها في يد متعدّد ، فصار غاصباً ضامناً ، والأجر لا يُجامع الضمان . إلى هنا لفظ شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني في «شرح الكافي» .

(١) القبان: الميزان ذو الذراع الطويلة المُقسّمة أقساماً ، يُنقل عليها جسم ثقيل يُسمّى الرمانة ، لتعين وزن ما يؤزن . وقد تقدم التعريف بذلك .

غاية البيان ﴿ ٣١١ ﴾

وقال في «الفتاوى الصغرى [١٤٩٦/٢]» و«التتمة»: «استأجر دابةً ليركبها، فركبها وأردف غيره، فعطيت؛ يضمن قيمة نصف الدابة».

ثم قال فيها: «قال شمس الأئمة الحلواني في باب النفقة على ذي الرّحم المحرم: وهذا إذا أردف مثله، أمّا إذا أردف صبيّاً؛ يضمن بقدر ثقله، يحفظ هذا جداً»^(١).

وفي «تجريد القُدوري»: «استأجر دابةً ليركبها، فأركب غيره مع نفسه، ضمن النصف سواء كان أخف أو أثقل، هذا إذا كانت الدابة يُمكن أن يركبها اثنان، فإن كان لا يُمكن؛ فهو إتلاف يجب ضمان الجميع، ولا أجر عليه، وليس هذا اختلاف الرواية، بل رواية القُدوري في الإركاب»^(٢).

والصغير الذي ذكره شمس الأئمة أراد به: الذي لا يستمسك نفسه، ومثله بمنزلة الحمل»^(٣). كذا في «الفتاوى الصغرى» و«التتمة».

وقال فيها أيضاً: «استأجر دابةً ليركبها إلى مكانٍ معلوم، فركب وحمل مع نفسه حملاً؛ يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة، نص في الكتاب: وليس تفسير ذلك أن الرجل يُوزن، ويوزن الحمل لتعرف الزيادة؛ لأن الرجال لا يُوزنون بالقَبان».

إنما تفسير ذلك: أن يرجع إلى أهل البصيرة، فيسأل عنهم^(٤) أن هذا الحمل

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٦/ق].

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرمانى [١٣٦/ق]، «المحيط البرهاني» [٥٦٨/٧]، «البنية شرح الهداية» [٢٥٧/١٠]، «رد المحتار» [٣٦/٦].

(٣) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٦/ق].

(٤) وقع بالأصل: «منهم». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَلِأَنَّ الْإِدْمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَةُ الْوِزْنِ فَاعْتَبِرَ عَدَدُ الرَّائِبِ كَعَدَدِ الْجَنَّةِ فِي الْجَنَائَاتِ .

وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الْحِنْطَةِ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ؛ ضَمِنَ مَا زَادَ الثَّقُلُ ؛ لِأَنَّهَا عَطِبَ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَغَيْرَ مَأْذُونٍ فِيهِ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

كَمْ يَزِيدُ عَلَى رُكُوبِهِ فِي الثَّقَلِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَرْكَبْ مَوْضِعَ الْحِمْلِ ، بَلْ يَكُونُ رُكُوبُهُ فِي مَوْضِعٍ ، وَالْحِمْلُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَمَّا إِذَا رَكَبَ عَلَى مَوْضِعِ الْحِمْلِ ؛ ضَمِنَ قِيَمَةَ جَمِيعِ الدَّابَّةِ فِي «إِجَارَاتِ» شَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ ﷺ» (١) .

قَوْلُهُ: (كَعَدَدِ الْجَنَّةِ) ، هِيَ جَمْعُ الْجَانِي [٦/٣١٠ م] ، كَالْبُغَاةِ فِي جَمْعِ الْبَاغِي ، وَالْقُضَاةِ فِي جَمْعِ الْقَاضِي ، يَعْنِي: إِذَا جَرَحَ وَاحِدٌ إِنْسَانًا جِرَاحَةً وَاحِدَةً خَطَأً ، وَالْآخَرُ جِرَاحَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ خَطَأً ، فَمَاتَ الْمَجْرُوحُ مِنْ ذَلِكَ ؛ فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمَا أَنْصَافًا ، فَكَذَا هُنَا ، يُعْتَبَرُ عَدَدُ مَنْ رَكَبَ لَا الثَّقُلُ .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الْحِنْطَةِ ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ؛ ضَمِنَ مَا زَادَ الثَّقُلُ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٢) .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِينَجَابِيُّ ﷺ فِي «شرح الكافي» - الَّذِي هُوَ «مَبْسُوطُهُ» -: «فَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمِ حِنْطَةٍ لَهُ ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ حِنْطَةٍ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَتَّفَاوَتُ فِي حَقِّ الْحِمْلِ .

وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا أَحَدَ عَشَرَ مَخْتِومًا مِنْ حِنْطَةٍ ، فَبَلَغَتْ الْمَكَانَ الَّذِي سَمَّاهُ ، ثُمَّ عَطِبَتْ مِنْ ذَلِكَ ؛ فَعَلِيهِ الْكَرَاءُ كَامِلًا ، وَعَلَيْهِ جِزَاءٌ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جِزَاءً مِنْ قِيَمَةِ الدَّابَّةِ بِقَدْرِ مَا زَادَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِسَبَبِ الْكُلِّ ، وَبَعْضُهُ مَأْذُونٌ ، وَبَعْضُهُ

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٤٥، ١٤٦] .

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢] .

وَالسَّبَبُ الثَّقُلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا إِلَّا إِذَا كَانَ حِمْلًا لَا يُطَبِّقُهُ مِثْلَ تِلْكَ الدَّابَّةِ
فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلُّ قِيَمَتِهَا لِعَدَمِ الْإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لِخُرُوجِهِ عَنْ طَاقَةِ الدَّابَّةِ.

غاية البيان

غَيْرُ مَأْذُونٍ، فَيَسْقُطُ حِصَّةُ الْحِمْلِ الْمَأْذُونِ، وَيَجِبُ حِصَّةُ الْبَاقِي، وَلِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ
مِنْ أَجْزَاءِ الثَّقَلِ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَصْلُحُ عِنْدَ الْجَمْعِ، وَعِنْدَ الْجَمْعِ
صَارَ الْكُلُّ عِلَّةً وَاحِدَةً، فَيَتَوَزَّعُ الضَّمَانُ عَلَى أَجْزَائِهَا، بِخِلَافِ الْجَرَاحَاتِ؛ لِأَنَّ
كُلَّ وَاحِدَةٍ بَانْفِرَادِهَا تَصْلُحُ عِلَّةً، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْجَنَائِيَّاتِ: أَنَّ صَاحِبَ الْعِلَّةِ
وَصَاحِبَ الْعِلَلِ سَوَاءٌ فِي الْحُكْمِ، كَمَا لَوْ جَرَحَ أَحَدُهُمَا سَبْعَ جَرَاحَاتٍ، وَجَرَحَ
الْآخَرُ جَرَاخَةً وَاحِدَةً وَمَاتَ؛ كَانَ الضَّمَانُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا تَامًّا، وَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ فِي «تَمَةِ الْفَتَاوَى»: «اسْتَكْرَى دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا عَشْرَةَ مَخَاتِيمٍ حِنْطَةٍ،
فَجَعَلَ فِي الْجُوَالِقِ عَشْرِينَ مَخْتُومًا، وَأَمَرَ الْمُكَارِيَّ أَنْ يَحْمِلَ هُوَ عَلَيْهَا، فَحَمَلَ هُوَ
وَلَمْ يُشَارِكْهُ الْمُسْتَكْرِي فِي الْحِمْلِ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ أَصْلًا إِذَا هَلَكَتِ الدَّابَّةُ.

وَلَوْ حَمَلَاهُ جَمِيعًا - يَعْنِي: الْمُكَارِيَّ وَالْمُسْتَكْرِي - وَوَضَعَاهُ عَلَى الدَّابَّةِ؛
يَضْمَنُ الْمُسْتَكْرِي رُبْعَ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ [٢/٤٩٦ ظ] الْحِنْطَةُ فِي الْجُوَالِقَيْنِ، فَحَمَلَ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جُوَالِقًا وَوَضَعَاهُمَا عَلَى الدَّابَّةِ جَمِيعًا؛ لَا يَضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ شَيْئًا،
وَيُجْعَلُ حِمْلُ الْمُسْتَأْجِرِ بِمَا كَانَ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ»^(١).

وَالثَّقْلُ - بِكُسْرِ الثَّاءِ وَفَتْحِ الْقَافِ - خِلَافُ الْخِفَّةِ، وَالثَّقْلُ - بِكُسْرِ الثَّاءِ وَسُكُونِ
الْقَافِ -: الْحِمْلُ، وَالثَّقْلُ - بِفَتْحَتَيْنِ -: مَتَاعُ الْمَسَافِرِ. وَإِنَّمَا قِيلَ لِلْجَنِّ وَالْإِنْسِ:
الثَّقْلَانِ؛ لِأَنَّهُمَا قُطَّانُ الْأَرْضِ وَسُكَّانُهَا، فَكَأَنَّهُمَا ثَقَلَاها.

(١) ينظر: «تمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠٩].

وَإِذَا كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام .
وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ
الْعَقْدِ فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ.

غاية البيان

قوله: (وَإِذَا كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام)^(١)، وهذا لفظ القُدُورِيِّ في «مختصره»^(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: لَا يَضْمَنُ اسْتِحْسَانًا إِذَا [م/٣١١/٦] فَعَلَ الْمُعْتَادَ مِنْ
ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ عليه السلام^(٣). كذا في «شرح الأقطع»^(٤).

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأَسِينَجَابِيُّ عليه السلام في «شرح الكافي»: «ضربها
في السير أو كبَحَها بِاللِّجَامِ فَعَطِبَتْ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ صَاحِبُهَا فِي ذَلِكَ
فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ عليه السلام: نَسْتَحْسِنُ إِلَّا أَنْ نُضْمِنَهُ إِذَا لَمْ
يَتَعَدَّ فِي الضَّرْبِ وَالْكَبْحِ، فَضَرَبَ كَمَا يَضْرِبُ النَّاسُ فِي مَوْضِعِهِ.

وَجْهَ قَوْلِهِمَا: أَنَّ الضَّرْبَ لِلسَّيْرِ مُتَعَارَفٌ بَيْنَ النَّاسِ، وَكَذَا الْكَبْحُ، فَكَانَ مَأْذُونًا
فِيهِ عُرْفًا فَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ بِالْعُرْفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالْشَّرْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ الدَّابَّةَ لَا
تَسِيرُ إِلَّا بِذَلِكَ، فَصَارَ كَالْمَشْرُوطِ فِي الْعَقْدِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ هَلَكَتْ مِنَ الرُّكُوبِ.

(١) صرح الإسيجاني والزوزني أن قوله قياس، وقولهما استحسان، اهـ. وقيدنا بالكبح والضرب لأنه
لا يضمن بالسوق اتفاقاً، وقيدنا بكونه متعارفاً لأنه بغير المتعارف يضمن اتفاقاً. والصحيح الذي
عليه الفتوى قول الإمام. ينظر: «المبسوط» [١٧٤/١٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٦٣/١]، «البحر
الرائق» [٢٠٩/٧]، «الاختيار» [٥٣/٢]، «التصحيح والترجيح» [ص ٢٥٤]، «مجمع الأنهر»
[٣٧٩/٢]، «رد المحتار» [٣٩/٦]، «مجمع الضمانات» [١٣/١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص ١٠٢].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٢٨/٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي
[٢٦٦/٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٢/٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» للأقطع [ق/٣٠٦].

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذْ يَتَحَقَّقُ السَّوْقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالِغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَضْفِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ الضَّرْبَ وَالْكَبْحَ لِأَجْلِ الْمُبَالِغَةِ فِي السَّيْرِ وَاسْتِخْرَاجِ الزِّيَادَةِ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، فَلَا يَكُونُ مَأْذُونًا فِيهِ، فَيَقَعُ الضَّرْبُ وَالْكَبْحُ تَعْدِيًّا، فَيُضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ.

وَلِئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْإِذْنَ بِذَلِكَ ثَابِتٌ عُرْفًا، وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ ثَابِتٌ مُطْلَقًا، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، فَإِذَا لَمْ تَسَلِّمْ ضَمِنَ، كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ، وَلَأنَّهُ ضَرْبٌ مَا لَا يَمْلِكُهُ لاسْتِيفَاءِ مَنَفَعَةٍ نَفْسِهِ، فَمَا تَوَلَّدَ مِنْهُ يَكُونُ مَضْمُونًا، كَمَا إِذَا ضَرْبَ امْرَأَتِهِ فَمَاتَتْ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا ضَرْبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ فَمَاتَ، حَيْثُ لَا يُضْمَنُ؛ لَأَنَّا احْتَرَزْنَا عَنْهُ بِقَوْلِنَا: مَا لَا يَمْلِكُهُ.

وَقِيَاسُهُمَا عَلَى الرُّكُوبِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْفَرَعِ، وَلَأنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي الرُّكُوبِ نَظْقًا، بِخِلَافِ الْفَرَعِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الضَّرْبَ وَالْكَبْحَ مَعْتَادٌ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ مُشْتَرَكَةٌ؛ لِأَنَّ بَعْضَ النَّاسِ يُسَيِّرُونَ الدَّابَّةَ بِتَحْرِيكِ الرَّجْلَيْنِ وَالصَّيَاحِ بِدُونِ الضَّرْبِ، وَالْعُرْفُ الْمَشْتَرِكُ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا، فَلَا يَثْبُتُ الْإِذْنُ بِدُونِ الشَّرْطِ.

وَقَالَ فِي «الْمَخْتَلَفِ»: «وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: ضَرْبُ الْأَبِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ لِلتَّأْدِيبِ، عِنْدَهُمَا: لَا يُضْمَنُ؛ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ فِي التَّأْدِيبِ، وَعِنْدَهُ: يُضْمَنُ؛ لِأَنَّ التَّأْدِيبَ قَدْ يَقَعُ بِالزَّجْرِ وَالتَّعْرِيكِ»^(١).

وَقَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى»: «مُعَلَّمٌ ضَرْبَ الصَّبِيِّ بِإِذْنِ الْأَبِ، أَوْ الْوَصِيِّ؛ لَمْ يُضْمَنْ، وَهُمَا لَوْ ضَرَبَا يُضْمَنَانِ فِي إِجَارَاتِ «الْعَيُونِ»»^(٢).

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٠٠/٣].

(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٣/ق].

وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ، فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ
فَنَفَقَتْ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وَفِي الْقُدُورِيِّ: الْمُعَلَّمُ أَوْ الْأُسْتَاذُ إِذَا ضَرَبَا الصَّبِيَّ بِغَيْرِ إِذْنِ الْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ؛
ضَمِنَا، وَلَوْ ضَرَبَا بِأَذْنِهِمَا لَا يَضْمَنَانِ، وَالْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ^(١) إِذَا ضَرَبَهُ لِلتَّأْدِيبِ فَمَاتَ؛
ضَمِنَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله خِلَافًا لِهَمَا.

وَنَقَلَ فِي «التَّمَةِ» عَنْ بَابِ مِيرَاثِ الْقَاتِلِ مِنْ «فَرَائِضِ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ
السَّرْحَسِيِّ رحمته الله»: الْأَصَحُّ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِمَا^(٢).

وَقَالَ فِي «الْفَتَاوَى [٣١١/٦ م/] الصَّغْرَى» أَيْضًا: «قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ: إِذَا ضَرَبَ
ابْنَهُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ أَوْ الْأَدَبِ فَمَاتَ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله: تَجِبُ الدِّيَّةُ وَلَا يَرِثُهُ،
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَيَرِثُهُ.

وَلَوْ [٤٩٧/٢ ر] ضَرَبَ امْرَأَتَهُ عَلَى الْمَضْجَعِ فَمَاتَتْ؛ يَضْمَنُ، وَلَا يَرِثُهَا فِي
قَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّهُ ضَرَبَهَا لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْأَبِ مَعَ الْإِبْنِ^(٣).

يُقَالُ: كَبَحَهُ بِاللَّجَامِ إِذَا رَدَّهَ بِهِ. كَذَا فِي «الْجُمُهرَةِ»^(٤).

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ، فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى
الْحِيرَةِ فَنَفَقَتْ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ
مِنَ الرَّجُلِ الدَّابَّةَ يَرْكَبُهَا إِلَى الْحِيرَةِ، فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ». وَالْمُثَبَّتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) يَنْظُرُ: «تَمَّةُ الْفَتَاوَى» لِلصَّادِرِ الشَّهِيدِ [١٠٧/ق].

(٣) يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» لِلصَّادِرِ الشَّهِيدِ [١٤٣/ق].

(٤) يَنْظُرُ: «جُمُهرَةُ اللُّغَةِ» لِابْنِ دُرَيْدٍ [٢٨٢/١].

وَقِيلَ: تَأْوِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِيَ الْعَقْدُ بِالْوُصُولِ إِلَى الْحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالْعَوْدِ مَرْدُودًا إِلَى يَدِ الْمَالِكِ.

غَايَةُ الْبَيَانِ

فَتَفَقَّتْ، قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخَرُ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَهُوَ كَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: إِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^(٢). كَذَا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ^(٣) فِي «شرح الجامع الصغير». وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ^(٤) فِي «شرح الكافي»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٥): إِذَا اسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ، فَجَاوَزَ بِهَا ذَلِكَ الْمَكَانَ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ، فَعَطَبَتِ الدَّابَّةُ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: هُوَ ضَامِنٌ مَا لَمْ يَدْفَعْهَا إِلَى صَاحِبِهَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٍ^(٦). إِلَى هُنَا لَفْظُهُ^(٧). وَالْمُودَعُ إِذَا خَالَفَ فِي الْوَدِيعَةِ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ؛ يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ^(٨)، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ.

مِنَ الْمَشَائِخِ مَنْ قَالَ: تَأْوِيلُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ: إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا، وَتَأْوِيلُ قَوْلِهِ الْآخَرِ: إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا، وَإِلَيْهِ مَالَ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: جَوَابُ الْكِتَابِ - أَيِ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» - مُجَرَّئٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ حَتَّى لَا يَبْرَأَ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، بِخِلَافِ الْمُودَعِ إِذَا خَالَفَ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ.

وَجَهُّ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ أَمِينٌ خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ؛ فَيَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ كَالْمُودَعِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٦].

(٢) ينظر: «المبسوط» [١٣/١٦]، «الفقه النافع» [١١٢٢/٣]، «بدائع الصنائع» [٧٦/٤]، «تبيين الحقائق» [١١٨/٥]، «العناية» [٨٦/٩].

أَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُودِعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ .

❦ غاية البيان ❦

وَوَجْهُ قَوْلِهِ الْآخِرِ : أَنَّ الْأَمْرَ بِالْحِفْظِ لَمْ يَثْبُتْ قَضَاءً ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ لَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ تَبَعًا لِلْإِسْتِعْمَالِ ، فَيُظْهِرُ النِّيَابَةَ فِي الْحِفْظِ فِي التَّمَكُّنِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، لَا فِي حَقِّ الْبَرَاءَةِ مِنَ الضَّمَانِ ، بِخِلَافِ الْمُودِعِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ الْمَالِكِ مُطْلَقًا ؛ لِإِطْلَاقِ الْأَمْرِ بِالْحِفْظِ .

أَوْ نَقُولُ : يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ يَدُ نَفْسِهِ ، لَا يَدُ الْمَالِكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَنْفَعَةَ تَحْصُلُ لَهُ لَا لِلْمَالِكِ ، وَالضَّمَانُ كَانَ وَاجِبًا ، فَلَا يَبْرَأُ عَنْهُ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ ، بِخِلَافِ الْمُودِعِ ، فَإِنَّ يَدَهُ يَدُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُهُ فِي الْحِفْظِ ؛ لِقِيَامِ الْأَمْرِ بِهِ [٢/٣١٢] مُطْلَقًا ، فَإِذَا عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ حَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ ، فَبَرِئَ عَنِ الضَّمَانِ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ وَالْمُسْتَعِيرَ لهما يَدَا أَنْفُسِهِمَا ، وَالْمُودِعُ يَدُهُ كَيْدِ الْمُودِعِ : أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لَهُ أَنْ يُؤَاجَرَ غَيْرَهُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ لَهُ أَنْ يُعِيرَ لغيرِهِ ، وَالْمُودِعُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، فَثَبَتَ أَنَّ الْمُودِعَ وَكَيْلُ صَاحِبِهِ فِي الْحِفْظِ ، فَإِذَا تَرَكَ الْخِلَافَ ؛ فَقَدْ رَدَّهُ إِلَى يَدِ وَكَيْلِهِ ، وَالْخِلَافُ لَمْ يَرْفَعْ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ مِنْ طَرِيقِ الْفَعْلِ لَا يَرْفَعُ الْعَقْدَ ، كَالْخِلَافِ فِي أَصُولِ الشَّرْعِ لَا يَرْفَعُ عَقْدَ الْإِيمَانِ .

وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ إِذَا خَالَفَ وَبَاعَ بِخَمْسٍ مِئَةٍ ؛ لَا يَرْفَعُ عَقْدَ الْوَكَالَةِ حَتَّى إِنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَيَبِيعَهُ بِأَلْفٍ ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ إِذَا خَالَفَ ، فَإِنَّ عَقُودَ الْوَصَايَةِ قَائِمَةٌ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَحَدَ الْوَدِيعَةَ ؛ لِأَنَّ الْجُحُودَ يَرْفَعُ الْعَقْدَ ، كَمَا لَوْ جَحَدَ أَوْامَرَ الشَّرْعَ ؛ ارْتَفَعَ عَقْدُ الْإِيمَانِ ، كَذَلِكَ هَاهُنَا .

وَقَدْ مَرَّ [٢/٤٩٧] الْبَيَانُ فِي الْوَدِيعَةِ ، وَفِي الْعَارِيَةِ تَفْصِيلٌ ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الْعَارِيَةِ عَنْ « شَرْحِ الْكَافِي » ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا اسْتَعَارَ ذَاهِبًا لَا جَائِيًا ، فَجَاوَزَ بِهَا ذَلِكَ

وَقِيلَ: مُجْرَى عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُودِعَ مَأْمُورٌ بِالْحِفْظِ مَقْصُودًا
فَبَقِيَ الْأَمْرُ بِالْحِفْظِ بَعْدَ الْعَوْدِ إِلَى الْوِفَاقِ فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى يَدِ نَائِبِ الْمَالِكِ،
وَفِي الْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ يَصِيرُ الْحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلِاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

الْمَكَانَ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ؛ لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ، فَلَوْ اسْتَعَارَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا، فَجَاوَزَ ذَلِكَ
الْمَكَانَ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ: فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ يَدُهُ
فِي هَذَا الْمَكَانِ يَدُ الْمَالِكِ، فَقَدْ رَدَّهَا إِلَى يَدِ الْمَالِكِ مَعْنَى، وَيُنْظَرُ ثَمَّةَ.

وَقَدْ طَعَنَ عِيسَى بْنُ أَبَانَ عَلَى [قَوْلِ] ^(١) أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله الْآخِرِ فِي الْإِجَارَةِ،
وَقَالَ: يَجِبُ أَنْ يَبْرَأَ عَنِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ يُمْسِكُ الْعَيْنَ لِمَنْفَعَةِ مَالِكِهَا؛ بِدَلَالَةِ أَنَّهُ
يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «وَهَذَا غَلْطٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمْسَكَ الْعَيْنَ
لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ؛ لَمْ يُعْتَبَرْ انْتِفَاعُ مَالِكِهَا بِالْعَوَضِ، كَمَا أَنَّ يَدَ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ، وَإِنْ
كَانَ الْبَائِعُ يَسْتَقِرُّ لَهُ الثَّمَنُ بِحُصُولِ الْمَبِيعِ فِي قَبْضِ الْمُشْتَرِي».
فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ عَلَى الْمُؤْجِرِ بِمَا يُلْحَقُهُ مِنَ الضَّمَانِ، كَمَا يَرْجِعُ
الْمُودِعُ.

قُلْنَا: الْمُودِعُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ يُمْسِكُ لِمَنْفَعَتِهِ، وَيَدُهُ يَدُهُ، وَالْمُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ
غَرَّهُ بِعَقْدِهِ فِيهِ بَدَلٌ.

وَالْحَيْرَةُ: مَدِينَةُ كَانَ النِّعْمَانُ بْنُ الْمُنْذِرِ يَسْكُنُهَا بِقُرْبِ الْكُوفَةِ، عَلَى رَأْسِ مِيلٍ
مِنَ الْكُوفَةِ.

وَالْقَادِسِيَّةُ: مَوْضِعٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكُوفَةِ خَمْسَةُ أَمْيَالٍ.

وَنَفَقَتِ الدَّابَّةُ نُفُوقًا: أَيُّ هَلَكَتْ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «لج»، «ولغ»، «ولس».

انْقَطَعَ الاستِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا فَلَا يَبْرَأُ بِالْعَوْدِ وَهَذَا أَصَحُّ .

وَمَنْ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرْجٍ ، فَزَعَّ السَّرَجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ بِمِثْلِهِ
الْحُمْرُ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَائِلُ الْأَوَّلَ يَتَنَاوَلُهُ إِذْنُ الْمَالِكِ ،

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

قَوْلُهُ : (وَقِيلَ : الْجَوَابُ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ) ، أَي : يَضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى كُلِّ
حَالٍ إِذَا جَاوَزَ الْمَكَانَ الَّذِي اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ إِلَيْهِ ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ فَهَلَكَتْ ، سِوَاءِ
اسْتَأْجَرِهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا ، أَوْ ذَاهِبًا [٣١٢/٦ م] وَجَائِيًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفَصِّلْ مُحَمَّدٌ ﷺ
فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» فِي الْجَوَابِ بَلْ أَطْلَقَ ، وَقَالَ : «هُوَ ضَامِنٌ» . مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ .

قَوْلُهُ : (وَهَذَا أَصَحُّ) ، أَي : كَوْنُ الْجَوَابِ مُجَرَّى عَلَى الْإِطْلَاقِ أَصَحُّ مِنْ
التَّفْصِيلِ فِي الْجَوَابِ .

قَوْلُهُ : (وَمَنْ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرْجٍ ، فَزَعَّ السَّرَجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ بِمِثْلِهِ
الْحُمْرُ ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصُورَتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ : فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ
الْحِمَارَ بِسَرْجٍ لِيَرْكَبَهُ ، فَزَعَّ ذَلِكَ السَّرَجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ غَيْرِهِ ، قَالَ : إِذَا كَانَ أَسْرَجَهُ
بِسَرْجٍ لَا تُسَرْجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ كَانَ
يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَيَعْقُوبُ ﷺ : يَضْمَنُ بِحَسَابِ ذَلِكَ» ^(١) . إِلَى هُنَا
لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ ﷺ فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «قَدْ ظَنَّ بَعْضُ النَّاسِ
أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافًا ، وَلَيْسَ فِيهَا اخْتِلَافٌ ، وَلَكِنْ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ قَدْ
فَسَّرَا قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ : أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ عَلَيْهِ بِحَسَابِ الزِّيَادَةِ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ : أَنَّهُ ذَكَرَ فِي «كِتَابِ الْإِجَارَاتِ»

(١) يَنْظُرُ : «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٤٦ - ٤٤٧] .

﴿ غاية البيان ﴾

في بابِ ضَمَانِ الأجيرِ المشتركِ: وأجيرُ الرَّجُلِ وحده، وقال أبو حنيفة رحمته الله: إذا نزعَ السَّرَجَ وأوكفه يَجِبُ عليه الضَّمَانُ بمقدارِ ما زاد، فذلك القولُ موافقٌ لِمَا قالَا هاهنا.

فَبَيَّنَتْ أَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَكَانَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ رحمته الله يَقُولُ: إِنْ كَانَتْ تِلْكَ الدَّابَّةُ تُوكَفُ بِمِثْلِهِ وَتُسَرَّجُ؛ يَجِبُ الضَّمَانُ بِحَسَابِ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الدَّابَّةُ لَا تُوكَفُ بِمِثْلِهِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِتْلَافَهُ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ خِلَافِ الْجَنْسِ، وَهَذَا الْقَوْلُ أَحْسَنُ، وَبِهِ نَأْخُذُ. إِلَى هُنَا لَفْظُ أَبِي الْلَيْثِ رحمته الله.

وَقَالَ [الْفَقِيهُ] ^(١) فَخَرُّ الْإِسْلَامِ وَغَيْرُهُ فِي «شُرُوحِ [٤٩٨/٢] الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «فَمِنْ أَصْحَابِنَا رحمته الله مَنْ قَالَ: مَا ذَكَرَ هَاهُنَا ^(٢) عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، أَمَّا إِذَا أَبْدَلَ السَّرَجَ بِمِثْلِهِ، أَوْ أَخَفَّ مِنْهُ، فَلَا يُشْكِلُ أَنَّهُ يَجِبُ الْمُسَمَّى، وَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ السَّرَجِ غَيْرُ مَفِيدٍ، وَإِنْ أَبْدَلَ السَّرَجَ بِسَرَجٍ لَا يُسَرَّجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ، أَوْ أَوْكَفَهُ بِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَ الْقِيَمَةَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ إِتْلَافاً لِلْحَيَوَانِ، كَمَنْ أَبْدَلَ الْحِنَظَةَ بِالْحَدِيدِ.

فَأَمَّا إِذَا أَبْدَلَ السَّرَجَ بِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ؛ فَهُوَ مَوْضِعُ الشَّبْهِةِ، فَإِنْ كَانَ بِالِاتِّفَاقِ فَهُوَ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الرُّكُوبِ، إِلَّا أَنَّ أَحَدَهُمَا أَزِيدُ، فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ بِأَنْ حُمِلَ قَوْلُهُ: «فَهُوَ ضَامِنٌ» عَلَى كُلِّ الْقِيَمَةِ.

فَوَجَّهَ قَوْلَهُمَا: مَا قُلْنَا: إِنَّهُ زَادَ عَلَى الْمُسَمَّى، فَوَجَبَ [٣١٣/٦ م] أَنْ يَضْمَنَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) أي: في «الجامع الصغير». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

الزيادة خاصة ، كما لو استأجر دابةً ليحمل عليها عشرة مخاتيم ، فحمل عليها أحد عشر مختوماً ، والدابة تطيق ذلك ؛ يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة .

ووجه قول أبي حنيفة رحمته الله : أن الإكاف يستعمل لغير ما يستعمل له السرج ، وهو الحمل ، وأثره مخالف أيضاً ؛ لأنه لا يبسط انبساط السرج ، وإذا كان كذلك ؛ كان في حق الدابة خلافاً إلى جنس غير المسمى ، فلم يصير مستوفياً شيئاً من المسمى ، فيضمن الكل ، كما لو أبدل الحديد مكان الحنطة .

ثم اختلفوا في تفسير قوله : « يضمن بقدر ما زاد » .

قال العتابي رحمته الله في « شرح الجامع الصغير » : « قال بعضهم : معناه : الزيادة في المساحة ، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين ، والإكاف قدر أربعة أشبار ؛ يضمن نصف قيمتها .

وقال بعضهم : معناه : الزيادة من حيث الثقل حتى إذا كان السرج بوزن منون^(١) ، والإكاف ستة أمناء ؛ يضمن ثلثي قيمتها » .

وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بـ « الكافي » : « ولو تكاثر حماراً غريانا ، فأسرجه وركبه ؛ فهو ضامن له »^(٢) .

وقال الكرخي في « مختصره » : « ولو اكرئ حماراً غريانا ، فأسرجه ، ثم ركه ؛ كان ضامناً »^(٣) .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبجاني رحمته الله في « شرح الكافي » : « وهذا

(١) مضي أن المتوان : مثنى المن (وهي لغة تميم بالتشديد) أو المئا (على وزن عصا) ، وهو كيل معروف يُكال به السمن وغيره ، أو ميزان مقداره رطلان .

(٢) ينظر : « الكافي » للحاكم الشهيد [ق/٢٤٦] .

(٣) ينظر : « شرح مختصر الكرخي » للقدوري [ق/٧٤] .

غاية البيان

إذا كان حمارًا لا يُسْرَجُ مثله عادةً، أمّا إذا كان يُسْرَجُ ويُركَبُ بالسَّرجِ ؛ فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ المقصودَ هو الرُّكُوبُ ، والسَّرجُ آلةٌ له ، فلا يَخْتَلِفُ بوضعِ السَّرجِ عليه .
وقال القُدُوريُّ في شرحه لـ «مختصر الكرخي» : «وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا: إذا استأجره ليركب إلى خارج المِصرِ لم يضمن ؛ لأنَّ الحمارَ لا يُركَبُ من بلدٍ إلى بلدٍ بغيرِ سرجٍ ولا إكافٍ ، فلمّا أجزه كذلك فقد أذن له من طريق المعنى .

وقالوا: إن استأجره ليركبه في المِصرِ ، وهو من ذوي الهيئات ؛ فله أن يسرجه ؛ لأنَّ مثله لا يُركَبُ من غيرِ سرجٍ ، وإن كان من دونِ الناسِ فأسرجه ضمن ؛ لأنَّ مثله يُركَبُ في البلدِ بغيرِ سرجٍ ، والسَّرجُ أثقلُ على الدَّابةِ ، ثمَّ إذا ضمن يضمن جميعَ القيمةِ أو بقدرِ ما زاد»^(١) .

قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير»^(٢) : اختلفوا فيه ، والصحيحُ أنَّه يضمنُ جميعَ القيمةِ ؛ لأنَّه ذكر الضمانَ مطلقاً ، فينصرفُ إلى الكلِّ ، وإنما كان كذلك ؛ لأنَّه خالف صورةً ومعنىً .

أمّا صورةً: فظاهرٌ ؛ لأنَّه أذن أن يركبها عرياناً ، وقد ركب مع السَّرجِ .
وأمّا معنىً: فلأنَّ الرُّكُوبَ على السَّرجِ أضُرُّ على الدَّابةِ ؛ لأنَّ ثِقْلَ الراكبِ والسَّرجِ يجتمعُ في مكانٍ واحدٍ .

قلتُ: ينبغي أن يكونَ الأصحُّ ضمانَ قدرِ الزيادةِ ؛ لأنَّه استأجره عرياناً [٣١٣/١ م] فأسرجه ، فكان السَّرجُ كالحملِ الزائدِ على الرُّكُوبِ .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدُوري [٧٤/ق] .

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [٢١٩/ق] .

إِذَا لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بغيره إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الْوِزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ.
وَإِنْ كَانَ ١١٦/١ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ
فَصَارَ مُخَالَفًا.

وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ يَضْمَنُ لِمَا قُلْنَا فِي السَّرَجِ، وَهَذَا
أَوَّلِي.

غاية البيان

[٤٩٨/٢ ط] أَلَا تَرَى أَنَّهُ ذَكَرَ فِي «الْأَصْلِ»: «إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا إِلَى مَكَانٍ
مَعْلُومٍ، فَرَكَبَ وَحَمَلَ مَعَ نَفْسِهِ حَمَلًا؛ يَضْمَنُ قَدْرَ الزِّيَادَةِ [إِنْ عَطِبَتْ]»^(١)، فَكَذَا
هَذَا^(٢)؛ لِأَنَّ السَّرَجَ صَارَ كَزِيَادَةِ الْحَمْلِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ لِحَامٌ فَأَلْجَمَهُ؛ فَلَا ضَمَانَ
عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ يُلْجَمُ بِذَلِكَ اللَّجَامِ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَبْدَلَهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحِمَارَ لَا
يَخْتَلِفُ بِاللَّجَامِ وَغَيْرِهِ، وَلَا يَتْلَفُ بِهِ، فَلَمْ يَضْمَنْ بِالْجَامِهِ»^(٣).

قَوْلُهُ: (فِي التَّقْيِيدِ بغيره)، أَي: فِي تَقْيِيدِ الضَّمَانِ بغيرِ ذَلِكَ السَّرَجِ، وَلَوْ
قِيلَ: بَعْنِهِ كَانَ أَوَّلِي، أَي: فِي تَقْيِيدِ الْإِذْنِ بَعْنِ ذَلِكَ السَّرَجِ؛ لِأَنَّهُ وَمَا يُمَاقِلُهُ
سِوَاهُ، فَلَمْ يُفِدِ التَّقْيِيدَ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ)، كَمَا إِذَا أُسْرَجَ الْحِمَارَ بِسَرَجِ الْبِرْدُونِ.
قَوْلُهُ: (لِمَا قُلْنَا فِي السَّرَجِ)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْإِذْنُ مِنْ
جِهَتِهِ).

قَوْلُهُ: (وَهَذَا أَوَّلِي)، أَي: الضَّمَانُ فِيمَا إِذَا أَوْكَفَهُ بِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س». وَهُوَ الْمَوَافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي:
«الْأَصْلِ / الْمَعْرُوفُ بِالْمَبْسُوطِ».

(٢) يَنْظُرُ: «الْأَصْلِ / الْمَعْرُوفُ بِالْمَبْسُوطِ» [٥١٧/٣ / طَبْعَةٌ: وَزَارَةُ الْأَوْقَافِ الْقَطْرِيَّةُ].

(٣) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [٧٤/ق].

وَأِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا:
يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِمِثْلِهِ يُوكَفُ الْحُمْرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرْجُ سَوَاءً فَيَكُونُ
الْمَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرْجِ فِي الْوِزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛
لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الْحِمْلِ الْمُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحِمْلِ، وَالسَّرْجُ
لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ الْآخَرُ فَكَانَ
مُخَالَفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الْحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الْحِنْطَةَ.

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ حَمَلًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا، فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ
يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ وَهَذَا إِذَا لَمْ

غاية البيان

الْحُمْرُ أَوْلَى مِنَ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا أَسْرَجَهُ بِسَرَجٍ لَا تُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ؛ لِأَنَّ السَّرْجَ
مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ؛ وَجَبَ الضَّمَانُ، وَالْإِكَافُ
لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ؛ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ أَوْلَى
وَأُخْرَى.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ حَمَلًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا، فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ
غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ).

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام:
فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ لَهُ مَتَاعًا فِي طَرِيقٍ كَذَا وَكَذَا، فَيَأْخُذُ فِي طَرِيقٍ
آخَرَ مِمَّا يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ، قَالَ: لَا يَضْمَنُ إِنْ هَلَكَ الْمَتَاعُ، وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ
الْأَجْرُ، وَإِنْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُ النَّاسُ فِيهِ فَهَلَكَ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ
الْأَجْرُ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَهِيَ مِنَ الْخَوَاصِّ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

بَكُرَ تَبَيَّنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ التَّقْيِيدِ غَيْرَ مُفِيدٍ ، أَمَا إِذَا كَانَ يَضْمَنُ
لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيقًا يَسْلُكُهُ
النَّاسُ فَنَمَّ يُفَصِّلُ ^(١) وَإِنْ كَانَ طَرِيقًا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ وَهَلَكَ ضَمْنٌ ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ
التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالِفًا وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ مَعْنَى ، وَإِنْ بَقِيَ
صُورَةٌ .

غاية البيان

وقوله : (وَإِنْ بَلَغَ) ، بالتشديد ، كذا السماعُ ، أي : وَإِنْ بَلَغَ الْحَمَّالُ الْمَتَاعَ
ذَلِكَ الْمَوْضِعَ الَّذِي اشْتَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ إِلَيْهِ ، وَيَجُوزُ بِالتَّخْفِيفِ عَلَى إِسْنَادِ الْفِعْلِ إِلَى
الْمَتَاعِ . أي : إِنْ بَلَغَ الْمَتَاعُ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَلَمْ يَهْلِكْ فِي الطَّرِيقِ .
وكذا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَتَاعًا إِلَى مَكَانٍ كَذَا فِي طَرِيقٍ كَذَا ، فَأَخَذَ
فِي طَرِيقٍ آخَرَ فَهَلَكَتِ الدَّابَّةُ .

والأصلُ هنا : أَنَّ كُلَّ شَرْطٍ لَا يُفِيدُ لَا يُعْتَبَرُ ، ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ
تَفَاوُتٌ ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا سَلَكَ طَرِيقًا آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّعْيِينِ ، فَكَانَ
الشَّرْطُ لَعْوًا ؛ لَكُونِهِ غَيْرَ مُفِيدٍ ، حَتَّى إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ ، بَأَنَّ كَانَ [٢/٣١٤/٦]
الطَّرِيقُ الثَّانِي مَخُوفًا ، أَوْ كَانَ طَرِيقًا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ ؛ ضَمْنٌ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ مُفِيدٌ ،
فَيَكُونُ مُخَالِفًا بِسُلُوكِهِ طَرِيقًا آخَرَ فَيَضْمَنُ ، وَإِنْ سَلِمَ الْمَتَاعُ وَبَلَغَ فَلَهُ ^(٢) الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ
جَنْسَ الطَّرِيقِ وَاحِدٌ ، وَإِنَّمَا الضَّمَانُ بِالضَّرَرِ ، فَإِذَا سَلِمَ بَطَلَ جَانِبُ الْخِلَافِ .

وزادَ فِي «الْفَتَاوَى» عَلَى هَذَا فَقَالَ : «إِذَا كَانَ الطَّرِيقَانِ فِي السُّلُوكِ سَوَاءً ؛ لَا
يَضْمَنُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أْبْعَدَ مِنَ الْآخَرِ بِحَيْثُ يَتَفَاوَتُ فِي الطُّوْلِ وَالْعَرْضِ ،
وَالسَّهُولَةِ وَالصَّعُوبَةِ ؛ ضَمْنٌ .

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : «خ : يُفَصِّلُ» .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «قَلَّة» . وَالْمَشْبُوتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

قَالَ: وَإِنْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ ضَمِنَ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَازْتِفَاعِ الْخِلَافِ مَعْنَى .
وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فَزَرَعَهَا رَطْبَةً^(١)؛ ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا؛

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

فَأَمَّا إِذَا حَمَلَ فِي الْبَحْرِ ضَمِنَ، سِوَاءَ كَانَ مِمَّا يَسْلُكُهُ النَّاسُ، أَوْ لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ؛ لِأَنَّ النِّجَاةَ فِي الْبَحْرِ نَادِرٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَحْرَ مَوْضِعُ هَلَاكِ وَخَطَرٍ فِي الْأَصْلِ، وَلَكِنْ قَدْ يَكُونُ تَحْمُلُ الْخَطَرِ مَعْتَادًا، فَإِذَا قَيَّدَ الْمُسْتَأْجِرُ بِمَا لَا خَطَرَ فِيهِ وَهُوَ طَرِيقُ الْبَرِّ؛ صَحَّ التَّقْيِيدُ؛ لِكَوْنِهِ مَفِيدًا، فَإِذَا سَلَكَ الْحَمَّالُ بَعْدَ ذَلِكَ طَرِيقَ الْبَحْرِ صَارَ مُخَالَفًا، فَوَجَبَ الضَّمَانُ إِذَا هَلَكَ الْمَتَاعُ.

وَإِنْ سَلِمَ وَبَلَغَ الْمَقْصُودَ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ جِنْسَ الطَّرِيقِ وَاحِدٌ، فَلَا يَظْهَرُ حُكْمُ الْخِلَافِ إِلَّا بِظَهْوَرِ أَثَرِ التَّفَاوُتِ، وَهُوَ الْهَلَاكُ، فَإِذَا سَلِمَ بَقِيَ [٢/٤٩٩و] التَّفَاوُتُ صُورَةً لَا مَعْنَى، فَوَجَبَ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ الْمَخَالَفَةُ فِي الصُّورَةِ عِنْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ^(٢).

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «رُويَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ رضي الله عنه إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً، اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ: أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وَادِيًا، وَلَا يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كِبِدٍ رَطْبَةً^(٣)، يَعْنِي: الْحَيَوَانَ، فَتَبَّتْ أَنَّ الدَّخُولَ فِي الْبَحْرِ يُعَدُّ خَطَرًا بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ .
قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فَزَرَعَهَا رَطْبَةً^(٤)؛ ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا)،

(١) الرُّطْبَةُ: كُلُّ مَا أُكِلَ مِنَ النَّبَاتِ غَضًّا طَرِيًّا. جَمْعُهَا: رِطَابٌ. يَنْظُرُ: «المعجم الوسيط» [١/٣٥١].

(٢) يَنْظُرُ: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٢٩].

(٣) أَخْرَجَهُ: الدَّارِقُطْنِي فِي «سننه» [٣/٧٨]، وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ فِي «السنن الكبرى» [٦/١١١]، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه.

(٤) الرُّطْبَةُ: كُلُّ مَا أُكِلَ مِنَ النَّبَاتِ غَضًّا طَرِيًّا. جَمْعُهَا: رِطَابٌ. يَنْظُرُ: «المعجم الوسيط» [١/٣٥١].

لَأَنَّ الرُّطَابَ أَضْرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الْحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُروِقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الْحَاجَةِ إِلَى سُقْيِهَا فَكَانَ ؛ خِلَافًا إِلَى شَرِّ فَيُضْمَنُ مَا نَقَصَهَا وَلَا أَجَرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

غاية البيان

وهذه من مسائل «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة عليه السلام : في الأرضِ يَسْتَأْجِرُهَا الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فزَرَعَهَا رَطْبَةً، قال: هو ضامنٌ لِمَا نَقَصَ الأرضَ، ولا أَجَرَ عَلَيْهِ»^(١). إلى هنا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير»، وذلك لَأَنَّ اشْتِغَالَ الأرضِ بِالرَّطْبَةِ أَضْرُّ بِالْأَرْضِ مِنْ اشْتِغَالِهَا بِالْحِنْطَةِ ؛ لِانْتِشَارِ عُروِقِ الرَّطْبَةِ فِي الأرضِ، وَكَثْرَةِ حَاجَتِهَا إِلَى السَّقْيِ، وَبَقَائِهَا إِلَى مَدَّةٍ لَا يُعْرَفُ نَهَايَتُهَا، فَصَارَ الِاشْتِغَالُ بِهَذَا النُّوعِ جَنْسًا غَيْرَ جَنْسِ الِاشْتِغَالِ بِذَلِكَ النُّوعِ، فَصَارَ غَاصِبًا ضَامِنًا لَا مُحَالَةً، وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا مُتْلِفًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَالْأَجْرُ لَا يُقَابَلُ بِالضَّمَانِ، فَصَارَ كَرَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا شَعِيرًا، فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً، أَوْ أَرْزًا، أَوْ آجُرًا [٦/٣١٤ ط/م] ؛ صَارَ مُخَالَفًا ضَامِنًا، فَكَذَا هَذَا.

قوله: (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ)، إشارةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّ الرُّطَابَ أَضْرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الْحِنْطَةِ).

وَالرُّطَابُ: جَمْعُ رَطْبَةٍ، وَهِيَ: الْقَضْبُ^(٢).

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

(٢) الْقَضْبُ: كل شجرة طالَتْ وَبُسِطَتْ أَغْصَانُهَا، أَوْ هُوَ الشَّجَرُ الرَّطْبُ يُقَطَّعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى. وَهُوَ أَيْضًا شَجَرٌ كَشَجَرِ الْكُمَثَرِيِّ، وَوَرَقُهُ كَوَرَقِهِ إِلَّا أَنَّهُ أَرْقُ وَأَنْعَمُ، وَتَزَعَى الْإِبِلُ وَرَقَهُ وَأَطْرَافَهُ. وَقَالَ الْعَلَّامَةُ الشَّيْخُ نَصْرُ الْهُورِينِي: «الْقَضْبُ: هُوَ الْمُسَمَّى فِي مِصْرَ بِالْبَرْسِيمِ الْحِجَازِيِّ». يَنْظُرُ حَاشِيَةً: «تاج العروس» لِلزَّيْبِيدِيِّ [٢/٢٥٠ مادة: رطب]، وَ«المعجم الوسيط» [٢/٣٩٩].

وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ، فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا قِيلَ: مَعْنَاهُ الْقُرْطُقُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ الْقَبَاءِ،

شَايَةَ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ، فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَرُتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَقْطَعَهُ قَمِيصًا، وَيَخِيطَهُ بِدِرْهَمٍ، فَقَطَعَهُ قَبَاءً، وَخَاطَهُ، وَهُوَ يُصَدِّقُهُ، قَالَ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ ثَوْبِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ مَا سَمَى» ^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

قَالَ الْإِمَامُ الزَّاهِدُ الْعَتَّابِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «شرح الجامع الصغير»: «يُرِيدُ بِهِ: الْقُرْطُقُ ^(٢) الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ يَعْتَادُ لُبْسَهُ التُّرْكُ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ، بَلْ يَتْرُكُ الثَّوْبَ وَيُضَمِّنُهُ الْقِيَمَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَاطَهُ قَبَاءً بِدُونِ إِذْنِ الْمَالِكِ؛ صَارَ غَاصِبًا، وَانْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ بِالْخِيَاطَةِ، فَكَانَ ضَامِنًا؛ لِأَنَّ الْقَبَاءَ غَيْرَ جَنْسِ الْقَمِيصِ، فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْأَمْرُ أَصْلًا».

وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرِّوَايَةِ: أَنَّ هَذَا يُشْبِهُ الْقَمِيصَ مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ الْيَسْتَعْمَلُونَهُ اسْتِعْمَالَ الْقَمِيصِ، فَكَانَ مُوَافِقًا مِنْ وَجْهِ، مُخَالِفًا مِنْ وَجْهِ، فَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جَانِبِ الْوِفَاقِ وَأَخَذَ الثَّوْبَ، وَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جَانِبِ الْخِلَافِ وَضَمَّنَهُ الْقِيَمَةَ، وَإِذَا أَخَذَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

(٢) الْقُرْطُقُ: كَجُنْدَبٍ، وَهُوَ قَبَاءٌ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِيِّ [١٧١/٢]. و«تاج العروس» للزَّيْدِيِّ [٣٣٦/٢٦ مادة: قرطق].

١١١١ | وَقِيلَ: هُوَ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضُمُّهُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ الْقَبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ الْقَمِيصِ.

غاية البيان

الثوب أعطاه أجر مثله، لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ الْخِيَّاطَ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى، فَلَا يَرَادُّ عَلَيْهِ.

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي بَابِ الرَّجُلِ يَسْتَصْنِعُ الشَّيْءَ مِنْ «مَخْتَصِرِ الْكَافِي»: «وَلَوْ أَسْلَمَ ثَوْبًا إِلَى خِيَّاطٍ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَخِيْطَهُ قَمِيصًا بِدَرَاهِمٍ، فَخَاطَهُ قَبَاءً؛ فَلصاحب الثوب أن يُضْمَنَهُ قِيَمَةَ ثَوْبِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى»^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وهذا إِذَا كَانَ قَبَاءً يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ الْقَمِيصِ إِذَا زَرَّهُ، وَاسْتِعْمَالُ الْقَبَاءِ إِذَا [٢/٩٩٩] حَلَّه؛ لِأَنَّهُ خَالَفَهُ وَصْفًا فَيَتَخَيَّرُ، أَمَّا إِذَا شَقَّه وَجَعَلَهُ قَبَاءً؛ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ، وَلَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ آتَفَقَ بِالشَّقِّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ، وَتَعَذَّرَ نَقْلُ الْفِعْلِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْ بِهِ، فَأَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الضَّمَانَ».

وَقَالَ صَاحِبُ «الهِدَايَةِ» رحمته الله: (وَقِيلَ: هُوَ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ)، أَي: جَوَابُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» فِي مُطْلَقِ الْقَبَاءِ، لَا فِي الْقَبَاءِ الَّذِي هُوَ الْقُرْطُوقُ؛ لِأَنَّ الْقَبَاءَ وَالْقَمِيصَ يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَنْ وَجْهِ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي أَمَرَهُ، وَلَكِنْ لَيْسَ ذَلِكَ بِخِلَافٍ مُسْتَتَمٍّ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِالْقَبَاءِ بِمِثْلِ مَا يُنْتَفَعُ بِالْقَمِيصِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَهُوَ يُلْبَسُ، وَالْقَبَاءُ يُلْبَسُ، وَيُدْخَلُ الْيَدَانِ فِي الْكُمَيْنِ كَمَا يُفْعَلُ بِالْقَمِيصِ.

[١/٣١٥] فَلَمَّا لَمْ يَكُنِ الْخِلَافُ مُسْتَتَمًّا، كَانَ صَاحِبُ الثَوْبِ بِالْخِيَارِ: إِنْ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣١].

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِنْ وَجْهِ؛ فَإِنَّهُ يَشُدُّ وَسَطَهُ، وَيَنْتَفِعُ بِهِ انْتِفَاعَ الْقَمِيصِ فَجَاءَتْ مُوَافَقَةُ الْمُخَالَفَةِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ الْمُوَافَقَةِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الدَّرْهَمَ الْمُسَمَّى كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

غاية البيان

شَاءَ أَخَذَ بِالْوَجْهِ الَّذِي خَالَفَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالْوَجْهِ الَّذِي لَمْ يُخَالَفْهُ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ، وَإِنَّمَا يُعْطِيهِ أَجْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ غَيَّرَ عَلَيْهِ الْعَمَلَ، فَيُغَيَّرُ عَلَيْهِ الْأَجْرُ.

وهذا كما قالوا في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ حَائِكًا، واشترطَ عليه رقيقًا، فجاءَ صَفِيْقًا، أو اشترطَ عليه صَفِيْقًا، فجاءَ رقيقًا. كَذَا قَالَ الْفَقِيْهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمته الله في «شرح الجامع الصغير».

أَوْ نَقُولُ: إِنَّمَا وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ^(١) صَاحِبَ الثَّوبِ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْمُسَمَّى عِنْدَ حَصُولِ الْمَقْصُودِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلَمْ يَحْصُلْ، ثُمَّ إِذَا اخْتَلَفَ الْخِيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوبِ، فَقَالَ رَبُّ الثَّوبِ: أَمَرْتُكَ بِقَمِيصٍ، وَقَالَ الْخِيَّاطُ: أَمَرْتَنِي بِقَبَاءٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوبِ، وَسَيَجِيءُ بَيَانُهُ فِي بَابِ الْاِخْتِلَافِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَالَ فِي «الْمَغْرِبِ»: «الْقُرْطُقُ: قَبَاءٌ ذُو طَاقٍ»^(٢)، وَقِيلَ: إِنَّهُ تَعْرِيبُ: «كُرْتُهُ»، وَالْمَرَادُ الَّذِي يَلْبِسُهُ الْأَتْرَاكُ مَكَانَ الْقَمِيصِ، وَيُقَالُ لَهُ بِالْفَارْسِيَةِ: «يَكْتَهِي»^(٣)، وَكَانَ سَمَاعُنَا بَفَتْحِ الطَّاءِ^(٤) فِي «الْقُرْطُقِ» فِي «الْهِدَايَةِ».

(١) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س».

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٧١/٢].

(٣) هكذا ضبطه بالشكل في: «س».

(٤) فيكون على مثال «جَعْفَر»، وبذلك ضبطه: صاحب «المصباح»، وقد استغربه صاحب «التاج».

ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٤٩٨/٢ / مادة: قرطق]. و«تاج العروس» للزبيدي [٣٣٧/٢٦ /

مادة: قرطق].

ولو خَاطَهُ سَرَاوِيلٌ وَقَدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ ، قِيلَ : يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ ؛ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْمَنْفَعَةِ ،

﴿ غاية البيان ﴾

وهكذا كَانَ تصحيحُ الإمامِ حافظِ الدينِ الكبيرِ البخاريِّ ، ولكن حَفِظْنَاهُ فِي كِتَابِ «مَقْدِمَةِ الْأَدَبِ»^(١) سَمَاعًا عَنِ الثَّقَاتِ : بِضَمِّ الطَّاءِ ، وَلَهُمَا وَجْهٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُعَرَّبًا تَلَاعَبَتْ بِهِ الْأَلْسِنَةُ كَمَا شَاءَتْ^(٢) ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْقَوَانِينِ : كـ «الديوان» و«الصحاح» ، و«المجمل» ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ؛ لكونِهِ مُعَرَّبًا .

قَوْلُهُ : (ولو خَاطَهُ سَرَاوِيلٌ وَقَدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ ، قِيلَ : يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ ؛ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْمَنْفَعَةِ) ، ذَكَرَ هَذَا تَفْرِيعًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْبَيْهَقِيُّ رحمته الله فِي «كِفَايَتِهِ» : «قَالُوا : لَوْ قَطَعَهُ سَرَاوِيلٌ ؛ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ ، إِلَّا أَنَّ الرُّوَايَةَ تُخَالِفُ هَذَا» . إِلَى هُنَا لَفْظُهُ .

وَقَالَ فِي «الْإِيضَاحِ» : «وَكَانُوا يَقُولُونَ : لَوْ قَطَعَهُ سَرَاوِيلٌ لَمْ يَجِبْ لَهُ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ آخَرُ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَمْ يُوجَدْ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ»^(٣) .

قَالَ : «وَالرُّوَايَةُ تُخَالِفُ هَذَا ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله : أَنَّهُ لَوْ دَفَعَ شَبَهًا^(٤) إِلَى رَجُلٍ لِيضْرِبَ لَهُ طُسْتًا ، فَضَرَبَهُ كُوزًا ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ شَبْهِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ ، فَكَذَا فِي السَّرَاوِيلِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ» .

(١) ينظر: «مقدمة الأدب» للزمخشري [ص/٦٢] .

(٢) قال العيني رحمته الله - بعدما ذَكَرَ كَلَامَ الْمُؤَلِّفِ هُنَا - «قُلْتُ : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بِالْفَتْحِ ؛ لِأَنَّهُ تَعْرِيبٌ «كُرْتُهُ» كَمَا ذَكَرْنَا ، وَهُوَ مَفْتُوحُ النَّاءِ ، فَلَمَّا عَرَّبُوهُ قَلَّبُوا النَّاءَ طَاءً ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ تَغْيِيرُ الْحَرَكَةِ أَيْضًا ، فَافْهَمْ» . ينظر: «البنية شرح الهداية» للعيني [٢٦٦/١٠] .

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» [٢٢٠/٤] ، «البنية شرح الهداية» [٢٦٨/١٠] .

(٤) الشُّبَّةُ وَالشَّبَّةُ : التُّخَّاسُ يُضْبَغُ فَيَضْفَرُ . قَالَ ابْنُ سَيِّدِهِ : سُمِّيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فُعِلَ ذَلِكَ بِهِ أَشْبَهَ الذَّهَبَ بِلَوْنِهِ ، وَالْجَمْعُ أَشْبَاهٌ . ينظر: «لسان العرب» [٥٠٥/١٣] ، «مختار الصحاح» [١٣٨] ، «القاموس المحيط» [١٦١٠] .

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلاتِّحَادِ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ بِضَرْبِ طِسْتٍ مِنْ شَبَةِ فَضْرَبَ مِنْهُ كُوزًا ، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

قوله: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلاتِّحَادِ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ) ، أي: يُخَيَّرُ الْمُسْتَعْمَلُ: فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْخِيَّاطُ قِيَمَةَ الثَّوبِ الَّذِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَخِيطَ ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ شَبَهَا لِيُضْرَبَ لَهُ طِسْتًا [مَوْصُوفًا] ^(١) مَعْرُوفًا ، فَضْرَبَهَا كُوزًا ^(٢) [٣١٥/٦ م] ، قَالَ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنْتَهُ مِثْلَ شَبِّهِ ، وَيَصِيرُ الْكُوزُ لِلْعَامِلِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ مِثْلَ أَجْرِ عَمَلِهِ ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى الضَّرْبِ ، وَالصَّنَاعَةُ صِفَةٌ ، وَقَدْ فَعَلَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، وَخَالَفَ فِي صِفَتِهِ ، فَثَبَّتَ لِلْمُسْتَعْمَلِ الْخِيَارُ .

وإِنَّمَا وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعْمَلَ لَمْ يَرْضَ بِدَفْعِ الْمُسَمَّى إِلَّا عَلَى مَنَفَعَةٍ مَوْصُوفَةٍ لَمْ تُسَلِّمْ لَهُ بِكَمَالِهَا ، وَإِنَّمَا لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الصَّانِعَ رَضِيَ بِهِ بَدَلًا عَنِ الْمَنَفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحَقَّ فِيهَا دُونَهَا أَكْثَرَ مِنْهُ ^(٣) .

وَاللَّهُ رحمته أَعْلَمُ .



(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) الكوز: كلمة عربية صحيحة ، وتعني إناء يُشْرَبُ فِيهِ وَلَهُ عُرُودٌ ، وَإِذَا كَانَ بِلا عُرُودٍ فَهُوَ كُوبٌ ، وَجَمْعُهُ كِيزَانٌ وَأَكْوَازٌ وَكُوزَةٌ بِوزن عَنَبَةٍ ، مِثْلُ: عُودٍ وَعِيدَانٍ وَأَعْوَادٍ وَعُودَةٍ .

ينظر: «تاج العروس» [٣٠٨/١٥] ، «تهذيب اللغة» [١٧٥/١٠] ، «لسان العرب» [٤٠٢/٥] - [٤٠٣] .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٢٢٩/ق] .

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

قَالَ: الْإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، أَلَا تَرَى

غَايَةُ الْبَيَانِ

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

لَمَّا ذَكَرَ الْإِجَارَةَ الصَّحِيحَةَ [٢/٥٠٠هـ]: شَرَعَ فِي بَيَانِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ؛ إِذْ هِيَ مِمَّا يُحْتَاجُ إِلَى بَيَانِهَا، وَقَدَّمَ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّ أُمُورَ الْمُسْلِمِينَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الصَّحَةِ دُونَ الْفَسَادِ، فَكَانَ ذِكْرُ الصَّحِيحِ أَوَّلًا أَوْلَى، وَلِأَنَّ الصَّحِيحَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ، وَالْفَاسِدُ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ، فَكَانَ تَقْدِيمُ الصَّحِيحِ لَكُونِهِ مَشْرُوعًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: الْإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ الْبَيْعَ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ مُخْتَصَّةٌ^(٢) تُقَالُ وَتُفْسَخُ، فَكَانَتْ كَالْبَيْعِ، فَكُلُّ مَا أَفْسَدَ الْبَيْعَ أَفْسَدَهَا، وَأَرَادَ بِالشُّرُوطِ: شُرُوطًا لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ، لَا كُلَّ شَرْطٍ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَلِهَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى بَغْدَادَ بِشَرْطٍ أَنْ يُعْطِيَهُ الْأَجْرَ إِذَا رَجَعَ مِنْ بَغْدَادَ صَحَّ، وَلَيْسَ لَهُ الْمَطَالِبَةُ بِالْأَجْرِ إِلَى أَنْ يَرْجَعَ إِلَّا إِذَا مَاتَ بَبَغْدَادَ، فَحِينَئِذٍ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَجْرَ الذَّهَابِ.

وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَعْمَلَ لَهُ هَذَا الْعَمَلُ بِدَرَاهِمَ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَفْرَغَ مِنْهُ الْيَوْمَ، جَازَ بِالْإِتْفَاقِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِيَعْمَلَ لَهُ هَذَا الْعَمَلُ الْيَوْمَ عِنْدَ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

(٢) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النسخ: «محضة». بدل: «مختصة». وهو الموافق لما وقع في: «ن»، «غ»، «م»، «ض»، «ج»، «س».

أنه عقد

غاية البيان

أبي حنيفة رحمته الله ^(١). كذا في «الفتاوى الصغرى».

والشروط التي تُفسدُها:

كاشتراطِ تطيينِ الدارِ ومَرَمَّتِها، أو تعليقِ بابِ عليها، أو إدخالِ جذعٍ في سَقْفِها على المُستأجرِ، وكذلك اشتراطِ كَرِي نَهْرٍ في الأرضِ، أو ضَرْبِ مُسْنَاةٍ عليها، أو حَفْرِ بئرٍ فيها، أو أنْ يُسْرِقَنَّها ^(٢) على المُستأجرِ.

وكذلك اشتراطِ رَدِّ الأرضِ مَكْرُوبَةً ^(٣)، كلُّ ذلك يُفْسِدُ الإجارةَ؛ لأنَّه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر، وأنها مجهولة غير معلومة، وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة.

وكذلك إذا استأجرَ رَحَى ماءٍ على أنه إن انقطعَ الماءُ عنها فالأجرُ عليه؛ لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ قضيةَ العقدِ أَلَّا تَجِبُ الأجرةُ إِلَّا عندَ التَمَكُّنِ مِنَ الانتفاعِ، فإذا شَرَطَ الأجرةَ مع عدمِ التَمَكُّنِ؛ فقد غَيَّرَ مقتضىَ العقدِ [٣١٦/٦ م]، فقلنا بانعدامِ الصحةِ.

وكذلك إذا تَكَارَى دَابَّةً إِلَى بَغْدَادَ على أنه إن رَزَقَهُ اللهُ تعالى مِنْ بَغْدَادَ شَيْئًا، أو رَزَقَهُ مِنْ فُلَانٍ شَيْئًا؛ أعطاه مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، فهذا فاسدٌ؛ لأنَّه ^(٤) تعليقُ الأجرةِ بالخطرِ؛ لأنَّه لَا يُدْرَى أَيْرِزَقُ أَمْ لَا، ففسدَ به العقدُ، وعليه أَجْرٌ مِثْلُهَا فيما رَكِبَ، وإن تَكَارَاهَا إِلَى بَغْدَادَ على أَنَّهَا إن بَلَغَتْهُ بَغْدَادَ فَله أَجْرٌ عَشْرَةَ دِرَاهِمَ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وعليه أَجْرٌ مِثْلُهَا بِقَدْرِ مَا سَارَ عَلَيْهَا؛ لأنَّ قضيةَ العقدِ

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٣٨/ق].

(٢) يقال: سَرَقَنَ الأرضَ، إذا سَمَّكَهَا بالسُّرْقَيْنِ، هو الزُّبُلُ، ويُقال له أيضًا: السُّرْجَيْنِ، بالجمع.

ينظر: «المعجم الوسيط» [٤٢٨/١].

(٣) الأرضُ المَكْرُوبَةُ: هي المُنْأَرَةُ لِلْحَرْتِ. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٧١٥/١ مادة: كرب].

(٤) وقع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

يقال ويفسخ والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ، لا يُجاوز به المسمى .

غاية البيان

أن يستحق عليه الأجر في مقابلة ما سار ، فإذا شرط ألا يستحق ؛ فقد عيّر قضية العقد ، فيفسد . كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمته الله في «شرح الكافي» .

وكذلك لو استأجر عبداً شهراً بألف ، على أنه إن مرض عمل في الشهر الذي بعده بقدر الأيام التي مرض فيها ؛ فالإجارة فاسدة ؛ لأنه لا يُدري أي مقدار من الشهر يمرض ، وأنه يخالف مقتضى العقد ؛ لأن مقتضاه : أن ينتهي العقد بانقضاء الشهر ، والشرط يخالف ذلك ؛ لأنه يوجب العمل في الشهر الثاني بقدر المرض في الشهر الأول .

وكذلك كل شرط يوجب الجهالة يفسد العقد .

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمته الله في «مختصره» : «إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه ، أو في أجره ، أو في مدة الإجارة ، أو في العمل المستأجر عليه ؛ فالإجارة فاسدة ، وكل جهالة تدخل في البيع تُفسده من جهة الجهالة ؛ فكذلك هي في الإجارة» ^(١) . إلى هنا لفظ الكرخي رحمته الله .

قوله : (يقال) ، من الإقالة ، لا من القول .

قوله : (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ، لا يُجاوز به المسمى) ، وهذا لفظ القُدوري في «مختصره» ^(٢) .

اعلم : أن فساد الإجارة إذا كان لعدم التسمية ، أو لجهالة المسمى ، بأن جعل الأجرة ثوباً ، أو دابة ؛ يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وإن كان المسمى معلوماً ، ولكن فسدت بسبب شرط فاسد ونحوه ؛ يجب الأقل من أجر المثل والمسمى ،

(١) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [ق/٦٨] .

(٢) ينظر : «مختصر القُدوري» [ص/١٠٤] .

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بِالْغَا مَا بَلَغَ، اِعْتِبَارًا بِبَيْعِ الْأَعْيَانِ.

حاشية البيان

وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ الْمُسَمَّى.

وَقَالَ زُفَرٌ رحمته الله: يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله ^(١).

لهما: أَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنَافِعِ [٢/٥٠٠ هـ]، فَيُعْتَبَرُ بَيْعُ الْأَعْيَانِ، وَفِي بَيْعِ الْأَعْيَانِ إِذَا فَسَدَ تُعْتَبَرُ [الْقِيَمَةُ بِالْغَا مَا بَلَغَتْ، فَكَذَا فِي بَيْعِ الْمَنَافِعِ - وَهُوَ الْإِجَارَةُ - إِذَا فَسَدَ يُعْتَبَرُ] ^(٢) [٣١٦/٦ م] أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ.

ولنا: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا قِيَمَةَ لَهَا فِي أَنْفُسِهَا بِحَالٍ عِنْدَنَا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: فِي الزَّانِيَةِ الْمُطَاوَعَةِ.

وَأِنَّمَا تَتَقَوَّمُ الْمَنَافِعُ بِعَقْدٍ أَوْ شُبْهَةِ عَقْدٍ، فَإِذَا لَمْ تَتَقَوَّمْ فِي أَنْفُسِهَا؛ وَجَبَ الرَّجُوعُ إِلَى مَا قَوَّمَ الْعَقْدُ بِهِ، وَسَقَطَ مَا زَادَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيًا بِإِسْقَاطِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْأَعْيَانِ، فَإِنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي أَنْفُسِهَا، فَإِذَا سَقَطَ الْبَدَلُ الْمُسَمَّى لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ؛ وَجَبَتْ الْقِيَمَةُ بِالْغَا مَا بَلَغَتْ، وَلَأَنَّ الْبَدَلَ فِي الْعُقُودِ بَدَلَانِ: مُسَمًى وَقِيَمَةً، ثُمَّ لَمَّا جَازَ أَنْ يَرُدَّ الْمُسَمَّى إِلَى الْقِيَمَةِ - كَمَا فِي الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ إِذَا اشْتَرَى أَوْ اسْتَأْجَرَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ - جَازَ أَنْ يَرُدَّ الْقِيَمَةُ، وَهُوَ أَجْرُ الْمِثْلِ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ إِلَى الْمُسَمَّى.

ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ إِذَا كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ زَائِدًا عَلَى الْمُسَمَّى لَا تَجِبُ الزِّيَادَةُ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيًا بِإِسْقَاطِهَا، حَيْثُ سَمَّيَا الْأَقْلَ، وَإِنْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ نَاقِصًا عَنِ الْمُسَمَّى؛ لَا يَجِبُ قَدْرُ الْمُسَمَّى، لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ فَإِنَّ الْأَعْيَانَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٥٤]. و«الغرر البهية في شرح البهجة الوردية» لذكريا الأنصاري [٣/٣٣٢]. و«بحر المذهب» للرويانى [٧/١٦٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد لحاجة الناس إليها، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها، إلا أن الفاسد تبع له، ويعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد؛ فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى؛ لفساد التسمية، بخلاف البيع؛

غاية البيان

أنفسها. وكان الموجب الأصلي فيها القيمة، وإنما ينقل عن القيمة إلى التسمية إذا صححت، وإذا فسدت - كما في البيع الفاسد - يجب الرجوع إلى الموجب الأصلي وهو القيمة، فتجب بالغة ما بلغت.

وبهذا خرج الجواب عما يقال: بأن ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب أن يضمن بأجر المثل في العقد الفاسد كالأعيان؛ لأن الأعيان متقومة في أنفسها دون المنافع.

ولا يقال: المنافع مستوفاة بحكم عقد فاسد، فيجب فيها أجر المثل بالغاً [ما بلغ] ^(١)، كما لو استأجرها بخمر، أو خنزير؛ لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يستحقا بالعقود، فلذلك وجب أجر المثل، بخلاف الفرع.

قوله: (ولنا: أن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد لحاجة الناس إليها، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها، إلا أن الفاسد تبع له، ويعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد؛ فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى؛ لفساد التسمية).

معناه: أن المنافع لا تتقوم بأنفسها بحال؛ لأنها أعراض لا بقاء لها، فكما توجد تتلاشى، ولا قيمة لما لا بقاء له، ولكنها تقومت بعقد الإجارة؛ لضرورة دفع الحاجة عن الناس، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

لَأَنَّ الْعَيْنَ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفْسِهِ^(١) وَهُوَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ ، فَإِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا .

غاية البيان

فَكَانَ يَنْبَغِي عَلَى هَذَا: أَلَّا تَتَقَوَّمَ الْمَنَافِعُ إِلَّا [٣١٧/٦ م] فِي الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ دُونَ الْفَاسِدَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تَنْدَفِعُ بِهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْفَاسِدَةِ ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ الْفَاسِدُ تَبَعًا لِلصَّحِيحِ - لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا حُكْمَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا حُكْمُهُ مُسْتَقَى مِنَ الصَّحِيحِ - ؛ تَقَوَّمتِ الْمَنَافِعُ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ [أَيْضًا]^(٢) ، كَمَا تَقَوَّمتُ فِي الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (إِلَّا أَنَّ الْفَاسِدَ تَبَعَ لَهُ) .

فَعَلَى هَذَا: كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ الْبَدَلُ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ مَا يُجْعَلُ فِي الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَهُوَ الْمُسَمَّى لَا غَيْرَ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً) ، وَلَكِنْ يُنْظَرُ إِلَى الْمُسَمَّى: فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ يَجِبُ الْمُسَمَّى ، وَلَا تَجِبُ زِيَادَةُ أَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ حَيْثُ اتَّفَقَا عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (لَكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ ؛ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ) .

وَأِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ ، وَنَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ عَنْهُ ؛ يَجِبُ الْمِثْلُ ، وَلَا يَجِبُ زِيَادَةُ قَدْرِ الْمُسَمَّى ؛ اعْتِبَارًا لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ الْمُسَمَّى) ، فَافْهَمْ .

قَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا) ، أَي: مِنَ الْإِجَارَةِ .

قَوْلُهُ: (انْتَقَلَ عَنْهُ) ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ عَلَى صِيغَةِ الْمُبْنِيِّ لِلْمَفْعُولِ بِالإِسْنَادِ إِلَى الْجَارِ وَالْمَجْرُورِ ، أَي: انْتَقَلَ عَنِ الْمَوْجِبِ الْأَصْلِيِّ الَّذِي هُوَ الْقِيَمَةُ إِلَى الْمُسَمَّى

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: متقومة في نفسها» .

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةُ مِنْ: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ،
فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ

نهاية البيان

إِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ، وَإِنْ لَمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ الْمَوْجِبِ الْأَصْلِيِّ إِلَى
الْمُسَمَّى، بَلْ يَجِبُ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ وَهُوَ الْقِيَمَةُ، هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (وَالَا فَلَا).

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ عَلَى صِيغَةِ الْمَبْنِيِّ لِلْفَاعِلِ؛ بِأَنْ يُسْنَدَ الْفِعْلُ إِلَى ضَمِيرِ الْبَدَلِ،
أَي: إِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ الْبَدَلُ عَنِ الْمَوْجِبِ [٥٠١/٢] الْأَصْلِيِّ إِلَى الْمُسَمَّى،
وَالَا فَلَا.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ فِي «شَرْحِهِ»^(١): «مَعْنَاهُ: انْتَقَلَ إِلَى التَّسْمِيَةِ عَلَى تَأْوِيلِ ذِكْرِ التَّسْمِيَةِ
عَنِ الْمَوْجِبِ الْأَصْلِيِّ»، وَذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَيْسَتْ بِمَنْتَقِلَةٍ عَلَى تَقْدِيرِ
الصَّحَةِ، بَلْ هِيَ الْمَعْتَبَرَةُ الْمُرَادَةُ الْمُسْتَقَرَّةُ فِي مَكَانِهَا، وَلَا انْتِقَالَ لَهَا إِلَى شَيْءٍ آخَرَ.
قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ،
فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ
فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: لَا يَجُوزُ^(٣). كَذَا فِي «شَرْحِ الْأَقْطَعِ»^(٤).

وَالْأَصْلُ هُنَا: أَنَّ صِيغَةَ الْعَامِّ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِجْرَاؤها عَلَى الْعُمُومِ؛ يُرَادُ بِهِ
أَخْصَرُ الْخُصُوصِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ﴾ [فَاطِر: ١٩]،
وَهُنَا لَا يُمَكِّنُ إِجْرَاءُ كَلِمَةِ «كُلِّ» عَلَى الْعُمُومِ؛ لِأَنَّ جُمْلَةَ [٣١٧/٦ ط/م] الشُّهُورِ لَيْسَتْ

(١) وهو الكاكي في «معراج الدراية في شرح الهداية».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٣].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٠٧/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي
[٤٣٢/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٤٦/٢].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣١١].

كُلُّ إِذَا دَخَلَتْ فِيْمَا لَا نِهَآيَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ لِتَعْدْرِ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ فَكَانَ الشَّهْرُ الْوَاحِدُ مَعْلُومًا فَصَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ .

وَلَوْ سَمِيَ جُمْلَةً شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ صَارَتْ مَعْلُومَةً .

غاية البيان

بمعلومة ، حتى إذا سُمِّيَتْ جُمْلَتُهَا وَعُلِمَتْ صَحَّ الْعَقْدُ .

وإنما صحَّ في شهرٍ واحدٍ ؛ لأنَّه معلومٌ لا جهالة فيه ، والمفسدُ هو الجهالةُ ، ولأنَّه ذَكَرَ لجزءٍ معلومٍ مِنَ الجملةِ بدلًا معلومًا ، وأبعضُها غيرُ مختلفةٍ ؛ فوجبَ أَنْ يَصَحَّ الْعَقْدُ فِي ذَلِكَ إِذَا كَانَ مِمَّا يَصَحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ، كما لو بَاعَ صُبْرَةً كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرْهَمٍ ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِذَا ذَكَرَ مُدَّةً لَمْ يُوقَّتْهَا ، كما إِذَا قَالَ : آجَرْتُكَ مُدَّةَ بَعْشَرَةٍ ؛ لَأَنَّا احْتَرَزْنَا عَنْهُ بِقَوْلِنَا : لجزءٍ معلومٍ منها ؛ لأنَّه غيرُ معلومٍ منها ، وَلَا يَلْزَمُ إِذَا قَالَ : يَعْثُكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ كُلِّ شَاةٍ بِدَرْهَمٍ ؛ لَأَنَّا احْتَرَزْنَا عَنْهُ بِقَوْلِنَا : وَالْأَبْعَاضُ غَيْرُ مُخْتَلِفَةٍ ؛ إِذِ الْغَنَمُ تَخْتَلِفُ ، وَكَذَلِكَ الْعَبِيدُ ، وَلَا يَلْزَمُ إِذَا قَالَ : يَعْثُكَ هَذَا الدَّنُّ (١) مِنَ الْخَمْرِ ، أَوْ الدَّمُ كُلُّ رَطْلٍ بِدَرْهَمٍ ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ فِي رَطْلٍ وَاحِدٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ .

فَإِنْ قِيلَ : لَمَّا صَحَّ الْعَقْدُ فِي الْأَصْلِ ؛ صَحَّ فِي الْجَمِيعِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْفَرْعِ كَذَلِكَ .

قُلْتُ : لَا نُسَلِّمُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصَحُّ فِي الْأَصْلِ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، إِلَّا فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ ، فَكَانَ وَزَانُ مَسْأَلَتِنَا .

فَإِنْ قِيلَ : كما أَنَّ الشَّهْرَ الْأَوَّلَ مَعْلُومٌ ، فَكَذَلِكَ الشَّهْرَ الثَّانِي مَعْلُومٌ ، فَلِمَ خَصَصْتُمُ الْأَوَّلَ بِصَحَّةِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ .

(١) الدَّنُّ : الْجَرَّةُ الضَّخْمَةُ ؛ لِلْخَمْرِ وَالزَّيْتِ وَنَحْوَهُمَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

قَالَ: فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي؛ صَحَّ الْعَقْدُ [١١٧/١] فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوَاجِرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقُضِي، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ

غاية البيان

قلنا: إِنَّمَا اخْتَصَّ الْأَوَّلُ؛ لَوْجُودِ جُزْءٍ مِنْهُ وَحَصُولِهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الشُّهُورِ، حَتَّى إِذَا سَكَنَ يَوْمًا مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي؛ صَحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَالثَّلَاثُ وَالرَّابِعُ مِثْلُهُ، فَأَمَّا إِذَا سَمِيَ جَمَلَةً الشُّهُورِ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْعَقْدُ فِي الْجَمَلَةِ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَعْلُومَةً، وَالْأَجْرَةَ مَعْلُومَةً.

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله: (وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «ولكل واحد منهما أَنْ يَتْرُكَ الْإِجَارَةَ عِنْدَ تَمَامِ الشَّهْرِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ انْعَقَدَتْ عَلَى الشَّهْرِ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ «كُلٌّ» تَقْتَضِي الْعُمُومَ فِي حَقِّ الْأَفْرَادِ، فَلَوْ عَمِلْنَا بِعُمُومِهَا؛ لَصَحَّحْنَا الْإِجَارَةَ فِي مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ، وَأَنَّهُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، فَحَمَلْنَاهُ عَلَى الْأَدْنَى، وَهُوَ شَهْرٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ يَقِينًا وَلَا جَهَالََةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَقْتَ الَّذِي يَلِي زَمَانَ الْعَقْدِ مُتَعَيَّنٌ بِحُكْمِ الْعَقْدِ.

فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ إِلَى تَمَامِ الشَّهْرِ، فَإِذَا دَخَلَ الشَّهْرُ الثَّانِي انْعَقَدَتْ فِيهِ الْإِجَارَةُ ثَانِيَةً عَمَلًا بِقَضِيَةِ الْعُمُومِ، وَانْتِفَاءِ الْجَهَالََةِ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ تُفْسَخَ الْإِجَارَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: [٣١٨/٦] قَالَ: فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي؛ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوَاجِرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقُضِي، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مختصره» ^(١).

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

العَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَى فِي الشَّهْرِ الثَّانِي ،

غاية البيان

قَالَ فِي قِسْمِ «المبسوط» مِنْ «الشامل»: «أَجَرَ كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا، لِكُلِّ وَاحِدٍ تَرَكُّهَا عِنْدَ تَمَامِ الشَّهْرِ ، فَإِنْ سَكَنَهَا مِنْ الشَّهْرِ الثَّانِي يَوْمًا ؛ فَلَيْسَ لَهُ التَّرَكُّ» . إِلَى هُنَا لَفْظُ «الشامل» .

اعْلَمْ: أَنَّ مَشَايخَنَا رحمهم الله اِخْتَلَفُوا فِي وَقْتِ الْفَسْخِ [٥٠١/٢ هـ] بَعْدَ تَمَامِ الشَّهْرِ ، قَالَ بَعْضُهُمْ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْفَسْخِ حِينَ يَتِمُّ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ ، أَعْنِي: حِينَ يَهْلُ الْهَلَالُ حَتَّى إِذَا سَكَنَ مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي سَاعَةً لَا يَبْقَى حَقُّ الْفَسْخِ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْقُدُورِيُّ وَبَعْضُ مَشَايخِنَا رحمهم الله (١) .

وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي «الواقعات» فِي بَابِ الْإِجَارَةِ الْجَائِزَةِ بِعَلَامَةِ السَّيْنِ (٢): «وَالصَّحِيحُ أَنْ يَفْسَخَ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى ، وَالْيَوْمِ الْأَوَّلِ مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي (٣) وَالثَّلَاثِ ، فَإِنَّ خِيَارَ الْفَسْخِ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ ، وَأَوَّلِ الشَّهْرِ هَذَا» .

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: لَهُ الْفَسْخُ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى وَيَوْمِهَا ، وَاخْتَارَهُ

(١) وَفِي «التصحيح»: قَالَ فِي «الجوهرية» وَ«التبيين»: هَذَا قَوْلُ الْبَعْضِ ، أَمَّا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّهْرِ وَيَوْمِهَا ، وَبِهِ يَفْتَى ، قَالَ الْقَاضِي: وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى . يَنْظُرُ: «الْعَنَاءَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [٩٤/٩] ، «الِاخْتِيَارُ لَتَعْلِيلِ الْمُخْتَارِ» [٥٨/٢] ، «تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ» [١٢٢/٥] ، «الْجَوْهَرَةُ النَّيِّرَةُ» [٢٦٩/١] ، «الْبَنَاءَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [٢٧٢/١٠] ، «دُرَرُ الْحُكَامِ» [٢٣٢/٢] ، «التَّصْحِيحُ وَالتَّرْجِيحُ» [ص ٢٥٦] ، «الْبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ» [٩٩/٢] .

(٢) يَعْنِي بِ: «عَلَامَةُ السَّيْنِ»: مَا رَمَزَ بِهِ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي كِتَابِهِ «الْفَتْاوَى الْكُبْرَى» إِلَى كِتَابِ: «الْفَتْاوَى أَهْلُ سَمَرْقَنْدٍ» . هَكَذَا نَصَّ عَلَيْهِ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي دِيبَاجَةِ كِتَابِهِ . يَنْظُرُ: «الْفَتْاوَى الْكُبْرَى» = الْوَاقِعَاتُ لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ق ٣/ب/ مَخْطُوطُ مَكْتَبَةِ فَيْضِ اللَّهِ أَفَنْدِي - تَرْكِيَا/ (رَقْمُ الْحَفْظِ: ١٠٨٦)] ، وَ«كَشْفُ الظُّنُونِ» لِحَاجِي خَلِيفَةِ [١٢٢٨/٢] .

(٣) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «مِنْ الشَّهْرِ ، وَالثَّانِي» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ج» ، وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي: «الْفَتْاوَى الْكُبْرَى» = الْوَاقِعَاتُ لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ق ٢٩٣/ب/ مَخْطُوطُ مَكْتَبَةِ فَيْضِ اللَّهِ أَفَنْدِي - تَرْكِيَا/ (رَقْمُ الْحَفْظِ: ١٠٨٦)] .

إِلَّا أَرَأَيْتَ ذِكْرَهُ فِي الْكِتَابِ هُوَ الْقِيَاسُ ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْمَشَائِخِ رحمهم الله ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنَّ يَتَّقَى الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمَهَا ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الْأَوَّلِ بَعْضُ الْحَرَجِ .

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الْأَجْرَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كِإِجَارَتِهَا شَهْرًا وَاحِدًا فَإِنَّهُ جَائِزٌ

غَايَةُ الْبَيَانِ

صاحب «الهداية» رحمهم الله .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» : «والصحيح أَنَّهُ يَفْسُخُهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ ، أَوْ اللَّيْلَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ الْيَوْمِ أَوْ اللَّيْلَةِ لَيْسَ بِمَضْبُوطٍ وَلَا مُقَدَّرٍ حَتَّى يَجِبَ فِي مُقَابِلَتِهِ أَجْرَةٌ ، فَإِذَا دَخَلَ زَمَانٌ يَسْتَحِقُّ فِي مُقَابِلَتِهِ أَجْرَةٌ ؛ يَتَأَكَّدُ الْعَقْدُ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي ، فَيَمْتَنِعُ الْفَسْخُ ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ : إِنْ سَكَنَهَا يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ .» إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رحمهم الله .

ثُمَّ إِذَا فُسِّخَ أَحَدُهُمَا الْإِجَارَةُ مِنْ غَيْرِ مُحْضَرٍ صَاحِبِهِ ؛ هَلْ يَصِحُّ ؟ مِنْ مَشَائِخِنَا مَنْ قَالَ : إِنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ ، فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهم الله : لَا يَصِحُّ ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمهم الله : يَصِحُّ ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ الْفَسْخُ هُنَا إِلَّا بِمُحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ بَلَا خِلَافٍ . كَذَا فِي «الذخيرة» .

قَوْلُهُ : (ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ) ، أَرَادَ بِهِ : «مُخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الْأَجْرَةِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمهم الله فِي «مُخْتَصَرِهِ» ^(١) ، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ صَحَّتِ الْإِجَارَةُ فِيهَا ، فَلَمْ تَقِفْ صَحَّةُ الْعَقْدِ عَلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرَةِ عَلَى أَجْزَائِهَا كَالشَّهْرِ الْوَاحِدِ ، وَعَلَى هَذَا إِذَا آجَرَ دَارَهُ سَنِينَ مَعْلُومَةً صَحَّ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ قِسْطَ كُلِّ سَنَةٍ .

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٠٣ - ١٠٤] .

وَأِنْ لَمْ يُبَيَّنْ قِسْطُ كُلِّ يَوْمٍ ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِمَّا سَمِيَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ الْإِجَارَةِ عَلَى السَّوَاءِ فَأَشْبَهَ الْيَمِينَ ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ ؛ لِأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ .

غاية البيان

قال [٣١٨/٦ م] القُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مختصر الكرخي» : «وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يُجَوِّزُ الْإِجَارَةَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ : لَا يَجُوزُ حَتَّى يُبَيَّنَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ ^(١)» .

لَنَا : أَنَّهَا مَدَّةٌ مَعْلُومَةٌ ذَكَرَ لَهَا أَجْرَةٌ مَعْلُومَةٌ فَجَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُفْصَلْ أَجْرَةٌ كُلُّ جُزْءٍ مِنْهَا ، كَالسَّنَةِ الْوَاحِدَةِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ حِصَّةُ كُلِّ شَهْرٍ ^(٢) .

قَوْلُهُ : (ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِمَّا سَمِيَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ) ، يَعْْنِي : إِنْ ابْتَدَأَ مَدَّةَ الْإِجَارَةِ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ وَقَعَتْ عَلَيْهِ التَّسْمِيَةُ ، كَمَا إِذَا آجَرَ دَارَهُ فِي رَمَضَانَ رَجُلًا ، وَهُمَا فِي رَجَبٍ ، يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمَدَّةِ مِنْ غُرَّةِ رَمَضَانَ .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ حَتَّى يَكُونَ ابْتِدَاءُ الْمَدَّةِ عَقِيبَ الْعَقْدِ ^(٣) .

لَنَا : أَنَّهُ عَقَدَ الْإِجَارَةَ عَلَى مِلْكِهِ مَدَّةً مَعْلُومَةً بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ آجَرَهُ فِي الشَّهْرِ الْحَاضِرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا بَعْنِيهِ ، بَلْ ذَكَرَ شَهْرًا مُطْلَقًا ، أَوْ سَنَةً مُطْلَقَةً ، فَاِبْتِدَاءُ الْمَدَّةِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ تَعَلَّقَ بِمَدَّةٍ مُطْلَقَةٍ لَا عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَكَانَ ابْتِدَاؤُهَا عَقِيبَ السَّبَبِ ، كَمَدَّةِ الْإِيْلَاءِ ، وَكَمَنْ حَلَفَ لَا يَكَلِّمُ رَجُلًا شَهْرًا ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : (فَأَشْبَهَ الْيَمِينَ) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ

(١) ينظر : «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٠٧/٧] . و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٣٣/٤] . و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٦٨/٤] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقُدُورِيِّ [ق/].

(٣) ينظر : «التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٨٧] . و«روضة الطالبين» للنووي [٤٤٦/٣] .

ثُمَّ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ حِينَ يُهَلُّ الْهَلَالُ ؛ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلُّهَا بِالْأَهْلَةِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ . وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ ؛ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - : الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ، وَالْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ ؛

غاية البيان

الْإِجَارَةُ سَوَاءٌ ؛ إِذْ لَا مَنَافَاةَ بَيْنَ الْإِجَارَةِ وَبَيْنَ وَقْتٍ مَا أَصْلًا ، فَلَوْ لَمْ يُجْعَلْ ابْتِدَاءُ الْمَدَةِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ ؛ لَمْ يَكُنْ بَعْضُ الْمُدَدِ أَوْلَى مِنْ بَعْضِهَا ، فَأَدَّى إِلَى إِبْطَالِ الْعَقْدِ لَجَهَالَةِ الْمُعْقِدِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَصِحُّ مَعَهُ الْعَقْدُ ؛ حَمَلًا لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلَاحِ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَبَ الصَّوْمُ ، فَإِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهُ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ وَهُوَ اللَّيْلُ ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلصَّوْمِ ، وَقَدْ احْتَرَزْنَا عَنْهُ بِقَوْلِنَا : لَا عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ .

قَوْلُهُ : (ثُمَّ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ حِينَ يُهَلُّ الْهَلَالُ ؛ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلُّهَا بِالْأَهْلَةِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ ؛ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ [٥٠٢/٢] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله .

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته الله - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - : الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ، وَالْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ) ، ذَكَرَ هَذَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله .

قَالَ فِي «شرح الطحاوي» رحمته الله : « وَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا شَهْرًا ، فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ حَصَلَ فِي غُرَّةِ الشَّهْرِ ؛ وَقَعَ ذَلِكَ عَلَى الْأَهْلَةِ ، فَإِذَا انْسَلَخَ ذَلِكَ الشَّهْرُ انْقَضَتْ مَدَةُ الْإِجَارَةِ وَوَجِبَتِ الْأَجْرَةُ ، وَلَوْ كَانَ الْعَقْدُ حَصَلَ فِي نَصْفِ الشَّهْرِ ، أَوْ بَعْدَ مَا مَضَتْ أَيَّامٌ مِنَ الشَّهْرِ ؛ وَقَعَ ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثِينَ [٣١٩/٦ م] يَوْمًا .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً ، فَإِنْ كَانَ فِي غُرَّةِ الشَّهْرِ ؛ وَقَعَ عَلَى تِلْكَ السَّنَةِ بِالْأَهْلَةِ ؛ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فِي نَصْفِ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَ مَا مَضَى مِنْهَا أَيَّامٌ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ

غاية البيان

يَقَعُ عَلَى تِلْكَ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالْأَيَّامِ: ثَلَاثُ مِئَةٍ وَسِتِينَ يَوْمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.
وعندهما: أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ، وَالشَّهْرُ الْوَاحِدُ بِالْأَيَّامِ، فَيُحْسَبُ مَا بَقِيَ
مِنَ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ، فَيَكُونُ مِنْ آخِرِ السَّنَةِ^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ «شرح الطحاوي رحمته الله».
قَالَ فِي «الْحَضَرِ» وَ«الْمَخْتَلَفِ»^(٢): «وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: الْعِدَّةُ وَالْأَجَلُ،
وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ».

ثُمَّ قَالَ فِي «شرح الطحاوي»: «وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِجَارَاتِ قَالَ: رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ
مِنْ رَجُلٍ دَارًا سَنَةً بَعْدَ مَا مَضَى مِنَ الشَّهْرِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا، قَالَ: يُكْمَلُ مِنَ الشَّهْرِ
الْآخِرِ سِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَهَذَا غَلَطٌ».

وَالصَّحِيحُ أَنْ يُقَالَ: يُكْمَلُ مِنَ الشَّهْرِ الْآخِرِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ
بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا، فَحِينَئِذٍ يُكْمَلُ مِنَ الشَّهْرِ الْآخِرِ سِتَّةَ عَشَرَ
يَوْمًا، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ «شرح الطحاوي».

وَجَهُّ قَوْلِهِمَا: أَنَّ الْأَصْلَ فِي الشُّهُورِ أَنْ تُعْتَبَرَ بِالْأَهْلَةِ إِذَا أُمِكنَ، قَالَ تَعَالَى:
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩].

وَقَالَ رحمته الله: «صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَيْهِ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمُ الْهَلَالُ فَأَكْمَلُوا
عِدَّةَ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا»^(٤)، وَقَدْ أُمِكنَ الْإِعْتِبَارُ بِالْأَهْلِ فِي الشُّهُورِ الْمُتَخَلِّلَةِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجايي [ق/٢٨٩].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٥٩٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجايي [ق/٢٨٩].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الصوم/ باب قول النبي ﷺ (إِذَا رَأَيْتُمُ الْهَلَالَ فَصُومُوا وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ
فَافْطَرُوا) [رقم/١٨١٠]، ومسلم في كتاب الصيام/ باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والافتطر =

• هاية البيان •

فِيَعْتَرُ فِيهَا بِالْأَهْلَةِ ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى الْعَدَدِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْأَصْلِ ، وَقَدْ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ الْأَصْلِ فِي الشَّهْرِ الْأَوَّلِ ، فَيُكْمَلُ بِالْأَخِيرِ .

وَجَهُّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : أَنَّهُ يَجِبُ تَكْمِيلُ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ بِالشَّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ بِالْعَدَدِ ، فَيَسْتَقْصُ الثَّانِي أَيْضًا ، ثُمَّ يُكْمَلُ هُوَ بِالثَّالِثِ ، ثُمَّ هَكَذَا إِلَى آخِرِ السَّنَةِ ، فَيَجِبُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ دُونَ الْأَهْلَةِ ضَرُورَةً .

قَوْلُهُ : (حِينَ يُهْلُ الْهَلَالُ) ، يَجُوزُ عَلَى صِيغَةِ الْمَبْنِيِّ لِلْفَاعِلِ ، وَعَلَى صِيغَةِ الْمَبْنِيِّ لِلْمَفْعُولِ جَمِيعًا .

قَالَ فِي «الْجُمَهْرَةِ» : «هَلَّ الْهَلَالُ وَأَهْلٌ ، وَدَفَعَ الْأَضْمَعِيُّ «هَلَّ» وَقَالَ : لَا يُقَالُ إِلَّا أَهْلٌ ، وَأَهْلَلْنَا نَحْنُ إِذَا رَأَيْنَا الْهَلَالَ . وَأَجَازَ أَبُو زَيْدٍ : أَهْلَ الْهَلَالُ»^(١) . هَكَذَا كَانَ لَفْظُ نَسَخَةِ «الْجُمَهْرَةِ» الْمَصْحُوحَةِ عِنْدَ أَبِي سَعِيدٍ السَّرَافِيِّ الَّتِي وَقَعَ نَظَرِي عَلَيْهَا .

وَقَسَّرَ بَعْضُهُمْ فِي «شَرْحِهِ» قَوْلَهُ : (حِينَ يُهْلُ الْهَلَالُ) ، بِقَوْلِهِ : «أَرَادَ بِهِ الْيَوْمَ الْأَوَّلَ مِنَ الشَّهْرِ» وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ حِينَ [٣١٩/١ م/ظ] يُهْلُ الْهَلَالُ ، بَلْ هُوَ أَوَّلُ اللَّيْلَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّهْرِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا مَنَافَاةَ بَيْنَ الْإِجَارَاتِ وَالْأَوْقَاتِ ، بَلِ الْأَيَّامُ وَاللَّيَالِي فِيهَا سَوَاءٌ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الْمَدَّةِ مِنْ أَوَّلِ أَيَّامِ الشَّهْرِ ، بَلْ يُعْتَبَرُ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ وَهُوَ مَا قَلْنَا ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ ، فَإِنَّ اللَّيْلَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مُحَلًّا لَهُ اعْتِبَرِ ابْتِدَاءُ الصَّوْمِ مِنْ أَوَّلِ الْأَيَّامِ^(٢) .

= لِرُؤْيَا الْهَلَالِ ، وَأَنَّهُ إِذَا غَمَّ فِي أَوَّلِهِ أَوْ آخِرِهِ أَكْمَلْتَ عِدَّةَ الشَّهْرِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا [رَقْمُ ١٠٨١] ، مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه .

(١) يَنْظُرُ : «جُمَهْرَةُ اللُّغَةِ» لِابْنِ دُرَيْدٍ [١٦٩/١] .

(٢) قَالَ السَّغْنَاقِيُّ : أَهْلُ الْهَلَالِ عَلَى مَا لَمْ يَسْمَعْ فَاعِلَهُ وَلَمْ يَقُلْ غَيْرَ هَذَا ، وَكَفَى بِهِ حُجَّةٌ ، وَكَذَا نَصَّ عَلَيْهِ =

لَأَنَّ الْأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً، وَهِيَ فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا.
وَلَهُ أَنَّهُ مَتَى تَمَّ الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِي بِالْأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ
السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ الْعِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ أَمَّا الْحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ فَلَمْ
تُعْتَبَرْ الْجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ ﷺ: «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ

غَايَةِ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ: (وَهِيَ فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا)، أَي: الضَّرُورَةُ إِلَى اعْتِبَارِ الشَّهْرِ بِالْأَيَّامِ فِي
الشَّهْرِ الْأَوَّلِ مِنَ الشُّهُورِ دُونَ الْبَاقِي.

قَوْلُهُ: (وَنَظِيرُهُ الْعِدَّةُ)، أَي: نَظِيرُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ الْعِدَّةُ. أَي: مِنْ حَيْثُ الِاعْتِبَارُ
بِالشُّهُورِ أَوْ بِالْعَدَدِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ)، أَي: مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ الْاِخْتِلَافِ فِي الْعِدَّةِ فِي أَوَّلِ
كِتَابِ الطَّلَاقِ قَرِيبًا مِنْ صَفْحَتَيْنِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ
[٥٠٢/٢هـ] ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

أَمَّا الْحَمَّامُ: فَلَأَنَّ النَّاسَ فِي سَائِرِ الْأَمْصَارِ يَدْفَعُونَ أُجْرَةَ الْحَمَّامِ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ مَقْدَارُ مَا يُسْتَعْمَلُ مِنَ الْمَاءِ لَيْسَ بِمَعْلُومٍ، وَلَا مَقْدَارُ الْقَعُودِ، فَدَلَّ إِجْمَاعُهُمْ
عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْقِيَاسُ بِأَبَاهُ؛ لَوُرُودِهِ عَلَى إِتْلَافِ الْعَيْنِ مَعَ الْجَهَالَةِ،
قَالَ ﷺ: «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا؛ فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»^(٢).

وَرُويَ فِي «السَّنَنِ»: مُسْنَدًا إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ

= تاج الشريعة في «شرح» . ينظر: «البنية شرح الهداية» [٢٧٤/١٠].

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٢) مضمّن تخريجه .

الله حسن» وَأَمَّا الْحَجَّامُ فَلَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ
الْأُخْرَةَ. وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

غاية البيان

دُخُولِ الْحَمَّامِ، ثُمَّ رَخَّصَ لِلرَّجَالِ أَنْ يَدْخُلُوهَا فِي الْمَيَازِرِ^(١).

وَرُوِيَ فِي «السنن» أَيْضًا: مُسْنَدًا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ قَالَ: «إِنَّهَا سَتُفْتَحُ لَكُمْ أَرْضُ الْعَجَمِ، وَسَتَجِدُونَ فِيهَا بُيُوتًا يُقَالُ لَهَا:
الْحَمَّامَاتُ، فَلَا يَدْخُلْنَهَا الرِّجَالُ إِلَّا بِالْأُزْرِ، وَامْنَعُوهَا النِّسَاءَ إِلَّا مَرِيضَةً أَوْ
نُفْسَاءً»^(٢).

وَأَمَّا الْحَجَّامُ: فَلَمَّا رُوِيَ فِي «صحيح البخاري»: مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ
قَالَ: «احْتَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ، وَلَوْ عَلِمَ كَرَاهِيَةً؛ لَمْ يُعْطِهِ»^(٣).
وَفِي رَوَايَةٍ «السنن»: «وَلَوْ عَلِمَهُ خَبِيثًا لَمْ يُعْطِ»^(٤).

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الحمام [رقم/٤٠٠٩]، والترمذي في كتاب الأدب عن رسول الله
ﷺ /باب ما جاء في دخول الحمام [رقم/٢٨٠٢]، وابن ماجه في كتاب الأدب /باب دخول
الحمام [رقم/٣٧٤٩]، وأحمد في «المسند» [١٧٩/٦]، من طريق حماد بن سلمة، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ
بْنِ شَدَادٍ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي عُدْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ ﷺ به.

قال الترمذي: «هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث حماد بن سلمة وإسناده ليس بذلك القائم».
(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الحمام [رقم/٤٠٠٩]، وابن ماجه في /باب دخول الحمام
[رقم/٣٧٤٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٣٠٨/٧]، من طريق عبد الرحمن بن زياد بن
أنعم، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ رَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ﷺ به.

قال الصدر المناوي: «وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفرقي، قال الذهبي: ضعّفه،
وفيه أيضًا عبد الرحمن بن رافع التنوخي قاضي إفريقية، قال الذهبي فيه: هو عندهم منكر الحديث».
ينظر: «كشف المناهج والتنقيح في تخريج أحاديث المصابيح» للصدر المناوي [٧٦/٤].

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/باب خراج الحجّام [رقم/٢١٥٩]، ومسلم في كتاب
المساقاة/باب حل أجرة الحجّامة [رقم/١٢٠٢]، من حديث ابن عباسٍ ﷺ به. واللفظ للبخاري.

(٤) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/باب في كسب الحجّام [رقم/٣٤٢٣]، والبيهقي
في «السنن الكبرى» [٣٣٨/٩]، من حديث ابن عباسٍ ﷺ به.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ وَهُوَ أَنْ يُوجَرَ فَحَلًّا لِيَنْزُو عَلَى

غَايَةِ الْبَيَانِ

وَحَدَّثَ صَاحِبُ «السنن» أَيْضًا فِي كِتَابِ الْبَيْعِ وَالتَّجَارَةِ: مُسْنَدًا إِلَى أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، أَنَّهُ قَالَ: «حَجَّمَ أَبُو طَيْبَةَ^(١) رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَأَمَرَ لَهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ»^(٢)، وَلَأنَّه عَمَلٌ مَعْلُومٌ أُبِيحَ اسْتِيفَاؤُهُ، فَجَازَ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْأَعْمَالِ.

فَإِنْ قُلْتُ: حَدَّثَ صَاحِبُ «السنن»: بِإِسْنَادِهِ إِلَى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «كَسَبُ الْحَجَّامِ [٣٢٠/٦ م] خَبِيثٌ، وَثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ»^(٣)، فَمَا الْجَوَابُ عَنْهُ؟

قُلْتُ: لَا شَكَّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ احْتَجَّمَ، وَلَوْ كَانَ خَبِيثًا لَمْ يُعْطِ الْأَجْرَ، فَيُحْمَلُ حَدِيثُ الْخُبْثِ عَلَى الْكَرَاهَةِ طَبْعًا مِنْ طَرِيقِ الْمَرْوَةِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخِشَّةِ وَالذَّنَاءَةِ.

عَلَى أَنَّا نَقُولُ: إِنَّ رَاوِيَهُ لَيْسَ كَابِنِ عَبَّاسٍ فِي الضَّبْطِ وَالِإِتْقَانِ وَالْفَقْهِ، فَلَا يُعَارِضُ الْحَدِيثُ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ، فَيُعْمَلُ بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ دُونَهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤).

(١) أَبُو طَيْبَةَ الْحَجَّامُ: مشهور بالكنية، لَمْ يُعْرَفْ لَهُ اسْمٌ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م».

(٢) أَخْرَجَهُ: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ/ بَابِ السَّهُولَةِ وَالسَّمَاحَةِ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَمَنْ طَلَبَ حَقًّا فَلْيُطْلَبْهُ فِي عَفَافٍ [رَقْم/١٩٩٦]، وَأَبُو دَاوُدَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْإِجَارَةِ/ بَابِ فِي كَسْبِ الْحَجَّامِ [رَقْم/٣٤٢٤]، مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ بِهِ.

(٣) أَخْرَجَهُ: مُسْلِمٌ فِي كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ/ بَابِ تَحْرِيمِ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَحُلُولَانِ الْكَاهِنِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ السَّنُورِ [رَقْم/١٥٦٨]، وَأَبُو دَاوُدَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْإِجَارَةِ/ بَابِ فِي كَسْبِ الْحَجَّامِ [رَقْم/٣٤٢١]، مِنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ﷺ بِهِ.

(٤) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠٤].

الإِثَابِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسَبُ التَّيْسِ» وَالْمُرَادُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ .
قَالَ وَلَا الْإِسْتِجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْحَجِّ ، وَكَذَا الْإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ الْقُرْآنِ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

وَالْأَصْلُ فِيهِ : مَا رُوِيَ فِي «الصَّحِيحِ الْبُخَارِيِّ» وَ«السَّنَنِ» : مُسْتَنَدًا إِلَى نَافِعٍ ،
عَنْ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه قَالَ : «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ عَسَبِ الْفَحْلِ» ^(١) .

وَالْمُرَادُ مِنْهُ : اسْتِجَارُ الْفَحْلِ لِيُتَزَيَّهَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ النَّزْوُ إِلَّا بِنَشَاطِ الْفَحْلِ ،
وَيُسَرُّ فِي يَدِ الْعَبْدِ إِحْدَاثُ النَّشَاطِ ، فَكَانَ ذَلِكَ اسْتِجَارًا عَلَى عَمَلٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى
تَسْلِيمِهِ الْمُؤْجِرُ ، فَلَا يَصِحُّ ، وَلِأَنَّ الْأَجْرَةَ لَوْ وَجِبَتْ ؛ وَجِبَتْ بِمُقَابَلَةِ الْمَاءِ الْمَهِينِ
الَّذِي لَا قِيَمَةَ لَهُ ، وَأَخْذُ الْعَوَاضِ بِمُقَابَلَةِ مَا لَا قِيَمَةَ لَهُ حَرَامٌ بَاطِلٌ .

وَفَسَّرَ فِي «الْفَائِقِ» : عَسَبُ الْفَحْلِ : بِكَرَاءِ قَرْعِهِ ^(٢) ، فَقَالَ : «الْعَسَبُ : الْقَرْعُ ،
يُقَالُ : عَسَبَ الْفَحْلُ النَّاقَةَ يَعْصِبُهَا عَسْبًا . وَقَدْ سُمِّيَ مَا يُؤْخَذُ عَلَيْهِ مِنَ الْكَرَاءِ بِاسْمِهِ ،
يُقَالُ : عَسَبْتُ الرَّجُلَ ؛ إِذَا أُعْطِيَتْهُ الْكَرَاءُ عَلَى ضِرَابِ فَحْلِهِ» ^(٣) .

ثُمَّ قَالَ فِي «الْفَائِقِ» : «وَعَنْ قَتَادَةَ : أَنَّهُ كَرِهَ عَسَبَ الْفَحْلِ لِمَنْ أَخَذَهُ ، وَلَمْ يَرَ
بِأَمَّا لِمَنْ أَعْطَاهُ» ^(٤) .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَلَا الْإِسْتِجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْحَجِّ) ، أَيُ : قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي
«مَخْتَصَرِهِ» ^(٥) .

قَالَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» ﷺ : (وَكَذَا الْإِمَامَةُ ، وَتَعْلِيمُ الْقُرْآنِ ، وَالْفِقْهُ) ، يَعْنِي :

(١) أَخْرَجَهُ : الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْإِجَارَةِ / بَابِ عَسَبِ الْفَحْلِ [رَقْمُ ٢١٦٤] ، وَأَبُو دَاوُدَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ

الْإِجَارَةِ / بَابِ فِي عَسَبِ الْفَحْلِ [رَقْمُ ٣٤٢٩] ، مِنْ حَدِيثِ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه بِهِ .

(٢) قَرْعَ الْفَحْلِ النَّاقَةَ يَقْرَعُهَا قَرْعًا وَقَرَاعًا : إِذَا ضَرَبَهَا ، وَالْقَرَاعُ : ضِرَابُ الْفَحْلِ . يَنْظُرُ : «تَاجُ الْعُرُوسِ»
لِلزَّيْدِيِّ [٣٦٠/١١ / مَادَّةُ : قَرْعَ] .

(٣) يَنْظُرُ : «الْفَائِقُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ» لِلزَّمْخَشَرِيِّ [٤٢٨/٢] .

(٤) يَنْظُرُ : الْمَصْدَرُ السَّابِقُ [٤٢٩/٢] .

(٥) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص ١٠٤] .

وَالْفَقْهَ، وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا الْمُسْلِمُ لَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ إِسْتِجَارٌ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

أَنَّ الْإِسْتِجَارَ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ^(١).

وَقَالَ الْحَاكِمُ فِي «مَخْتَصَرِهِ الْكَافِي»: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلٌ رَجُلًا أَنْ يَعْلَمَ وَلَدَهُ الْقُرْآنَ، وَالْفَقْهَ، وَالْفَرَائِضَ، أَوْ يُؤَمِّمَهُمْ فِي رَمَضَانَ، أَوْ يُؤَذِّنَ»^(٢).

وَنَقَلَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى» عَنِ «الْأَصْلِ»^(٣): لَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى الطَّاعَاتِ، كَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَالْفَقْهِ، وَالْأَذَانِ، وَالتَّذْكِيرِ، وَالتَّدْرِيسِ، وَالْحَجِّ، وَالغَزْوِ، يَعْنِي: لَا يَجِبُ الْأَجْرُ.

وَعِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: يَجُوزُ، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ^(٤)، وَنُصِّرَ، وَعَصَامٌ، وَأَبُو نَصْرِ، وَالْفَقِيهُ أَبُو الْيَثِ^(٥).

ثُمَّ قَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى» [٥٠٣/٢]: «وَالْحِيلَةُ: أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْمُعَلِّمُ مَدَّةً مَعْلُومَةً، ثُمَّ يَأْمُرُهُ بِالتَّعْلِيمِ»^(٦).

وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «وَلَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَلَا عَلَى تَعْلِيمِ الصَّنَائِعِ»^(٦).

(١) مذهب الشافعي: أن الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة، باطل، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الأصح. ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبخاري [٤٣٤/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٨٨، ١٨٧/٥].

(٢) ينظر: «الکافي» للحاکم الشهيد [٢٤٩/ق].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٥/٤] / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٣١٨/٣]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٦٦/٤]. و«العزیز شرح الوجیز» للرافعي [١٠٦/٦].

(٥) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢١٩/ق].

(٦) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧١/ق].

عَنِ عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «إِقْرَأُوا الْقُرْآنَ
أَوْ لَا تَأْكُلُوا بِهِ» وَفِي آخِرِ مَا عَهَدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عُثْمَانُ بْنُ أَبِي الْعَاصِ:

شَاهِدُ النِّبَاةِ

ثُمَّ وَجْهَ الشَّافِعِيِّ وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ﷺ: مَا رَوَى مَالِكٌ ﷺ فِي «الْمَوْطَأِ»: عَنْ
أَبِي حَازِمٍ ﷺ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ [٣٢٠/٦ م] جَاءَهُ
امْرَأَةٌ. فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا، فَقَامَ
رَحْرُ. فَقَالَ: زَوَّجْنِيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ
ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصَدِّقُهَا بِهَا؟» قَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا، فَقَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسَتْ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمَسَ شَيْئًا»، قَالَ: وَاللَّهِ
لَا أَجِدُ شَيْئًا، قَالَ: «الْتَمَسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟» قَالَ: نَعَمْ سُورَةٌ كَذَا، وَسُورَةٌ كَذَا،
يُسَوِّرُ سَمَاهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» ^(٢).

ولنا: مَا رَوَى فِي «السُّنَنِ»: مُسْتَدًّا إِلَى مُطَرِّفِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ
أَبِي الْعَاصِ ﷺ، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ اجْعَلْنِي إِمَامَ قَوْمِي، قَالَ: «أَنْتَ إِمَامُهُمْ، وَاقْتَدِ
بِأَضْعَفِهِمْ، وَاتَّخِذْ مُؤَدَّنَا لَا يَأْخُذْ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا» ^(٣).

(١) أبو حازم: هو سلمة بن دينار. ذكره مسلم في «الكنى». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م». وينظر:
«الكنى والأسماء» لمسلم بن الحجاج [٢٣٨/١].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الوكالة/ باب وكالة المرأة الإمام في النكاح [٢١٨٦/رقم]، ومسلم في
كتاب النكاح/ باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير،
واستحباب كونه خمس مائة درهم لمن لا يجحف به [١٤٢٥/رقم]، من حديث سهل بن سعد
الساعدي ﷺ به.

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الصلاة/ باب أخذ الأجر على التأذين [٥٣١/رقم]، والنسائي في كتاب
الأذان/ اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرًا [٦٧٢/رقم]، وأحمد في «المسند» [٢١/٤]،
من حديث عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ ﷺ به.

قال ابن كثير: «رواه أحمد، وأهل السنن، وهو حديث صحيح». ينظر: «إرشاد الفقيه إلى معرفة»

«وَأِنْ اتَّخَذْتَ مُؤَدَّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَى الْأَذَانِ أَجْرًا» ، وَلِأَنَّ الْقُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنِ الْعَامِلِ ، وَلِهَذَا تَعْتَبِرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الْأَجْرِ مِنْ غَيْرِهِ كَمَا فِي

﴿ هَايَةِ الْبَيَان ﴾

وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ فِي «جَامِعِهِ» : مُسْنَدًا إِلَى الْحَسَنِ ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ رضي الله عنه ، قَالَ : «إِنَّ مِنْ آخِرِ مَا عَهَدَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : أَنْ اتَّخِذَ مُؤَدَّنًا لَا يَأْخُذْ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا» (١) .

وَحَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ» أَيْضًا فِي كِتَابِ الْبَيْعِ وَالتَّجَارَةِ : بِإِسْنَادِهِ إِلَى الْأَسْوَدِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه ، قَالَ : عَلَّمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْكِتَابَ وَالْقُرْآنَ ، وَأَهْدَى إِلَيَّ رَجُلٌ مِنْهُمْ قَوْسًا ، فَقُلْتُ : لَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، لَا تَيْنَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَلَأَسْأَلَنَّهُ ، فَاتَيْنَهُ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، رَجُلٌ أَهْدَى إِلَيَّ قَوْسًا مِمَّنْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْكِتَابَ وَالْقُرْآنَ ، وَلَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، قَالَ : «إِنْ كُنْتَ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ طَوْقًا مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا» (٢) .

وَحَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ» أَيْضًا : بِإِسْنَادِهِ إِلَى جُنَادَةَ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه نَحْوَ هَذَا الْخَبَرِ وَالْأَوَّلُ أَتَمُّ ، فَقُلْتُ : وَمَا تَرَى فِيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ،

= أدلة التنبيه لابن كثير [١٠٦/١] .

(١) أخرجه: الترمذي في أبواب الصلاة عن رسول الله ﷺ / باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرًا [رقم/٢٠٩] ، وابن ماجه في كتاب الأذان والسنة فيها / باب السنة في الأذان [رقم/٧١٤] ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ رضي الله عنه بِهِ .

قال الترمذي: «حديث عثمان حديث حسن» .

(٢) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة / باب في كسب المعلم [رقم/٣٤١٦] ، ومن طريقه البيهقي في «السَّنَنِ الْكُبْرَى» [١٢٥/٦] ، وابن ماجه في كتاب التجارات / باب الأجر على تعليم القرآن [رقم/٢١٥٧] ، وأحمد في «المسند» [٣١٥/٥] ، والحاكم في «المستدرک علی الصحیحین» [٤٨/٢] ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه بِهِ .

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» .

الصَّوْمَ وَالصَّلَاةَ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ الْمُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنَى مِنْ قَبْلِ
الْمُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلتَزِمًا مِمَّا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ.

غاية البيان

فَقَالَ: «جَمْرَةٌ بَيْنَ كِتْفَيْكَ تَقْلَدُتَهَا، أَوْ تَعَلَّقَتْهَا»^(١).

وفي «الفائق»^(٢): «أَقْرَأَ أَبِي بْنُ كَعْبٍ الطُّفَيْلَ بْنَ عَمْرِو الدَّوْسِيِّ الْقُرْآنَ،
فَأَهْدَى لَهُ قَوْسًا، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ سَلَحَكَ هَذِهِ الْقَوْسُ؟» فَقَالَ: طُفَيْلٌ،
قَالَ: «وَلِمَ؟» قَالَ: إِنِّي أَقْرَأْتُهُ الْقُرْآنَ، فَقَالَ: «تَقْلَدُهَا شِلْوَةٌ مِنْ جَهَنَّمَ»، قَالَ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنَّا نَأْكُلُ مِنْ طَعَامِهِمْ، قَالَ: «أَمَّا طَعَامٌ صُنِعَ لِغَيْرِكَ فَكُلْ مِنْهُ، وَأَمَّا
الطَّعَامُ لَمْ يُصْنَعْ إِلَّا لَكَ، فَإِنَّكَ إِنِ أَكَلْتَهُ؛ فَإِنَّمَا تَأْكُلُ بِخِلَافِكَ»، أَي: بِحَظِّكَ مِنَ
الدِّينِ، وَالشِّلْوَةُ [م/٣٢١/٦]: الْقِطْعَةُ^(٣) «^(٤)»، وَلِأَنَّ الاسْتِجَارَ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ
اسْتِجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ وَالْقُرْبَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَى ذَلِكَ، كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ.
وَالْجَامِعُ: أَنَّ ثَوَابَ الْعَمَلِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى يَحْصُلُ لِلْفَاعِلِ لَا غَيْرَ، فَكَانَ أَخْذُ
الْأَجْرَةِ عَلَى عَمَلٍ عَمَلَهُ لِنَفْسِهِ لَا لِلْمُسْتَأْجِرِ، فَلَا يَجُوزُ، وَلِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى عَمَلٍ
لَا يَقْدِرُ عَلَى إِيفَائِهِ بِنَفْسِهِ، فَوَجَبَ أَلَّا يَجُوزَ كَالِاسْتِجَارِ عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ لَا يَقْدِرُ
عَلَى حَمَلِهِ بِنَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا جازَ التَّطَوُّعُ بِهِ؛ جازَ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ، أَصْلُهُ: سَائِرُ الْأَعْمَالِ.

(١) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسب المعلم [رقم/٣٤١٧]، ومن طريقه البيهقي
في «السنن الكبرى» [١٢٥/٦]، وأحمد في «المسند» [٣٢٤/٥]، من طريق جُنَادَةَ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ،
عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ﷺ به.

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢٦٠/١].

(٣) وقع بالأصل: «القطيعة». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س». وهو الموافق لما
وقع في: «الفائق».

(٤) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [٣٥٩/٢]، وأبو القاسم البغوي في «معجم الصحابة»
[٢٨٩/٢ - ٢٩٠]، والمستغفري في «فضائل القرآن» [١٤٠/١]، عَنْ الطُّفَيْلِ بْنِ عَمْرِو ﷺ به.

وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا رحمهم الله اسْتَحْسَنُوا الاسْتِثْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ؛ لِظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ فِي الْأَمْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قِيلَ : يَبْطُلُ ذَلِكَ بِضِرَابِ الْفَحْلِ ^(١) .

وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ الَّذِي احْتَجَّ بِهِ الْخَصْمُ : قَالَ أَصْحَابُنَا : إِنَّ حَقِيقَتَهُ مَتْرُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ الْقُرْآنِ لَا تَصْلُحُ مَهْرًا ، فَحُمِلَ عَلَى الْمَجَازِ ، وَجُعِلَ حَرْفُ [٥٠٣/٢] الْبَاءِ مُسْتَعَارًا لِلَّامِ ، أَيِ : زَوَّجَهَا لِأَجْلِ مَا مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ .

قَوْلُهُ : (وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الاسْتِثْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ؛ لِظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ) ، أَرَادَ بِهِمْ : مَشَايِخَ بُلْخِ .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْبَلِيْثِ رحمهم الله فِي كِتَابِ «النَّوَاذِلِ» : «وَأِنَّمَا كَانَ يُكْرَهُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِالْأَجْرِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ لِأَنَّ حَمَلَةَ الْقُرْآنِ لَمْ يَكُونُوا إِلَّا قَلِيلًا ، وَكَانَ التَّعْلِيمُ وَاجِبًا ؛ لَثَلَا يَذْهَبَ الْقُرْآنُ» .

قَالَ الْفَقِيهُ : «وَبِهِ نَأْخُذُ ، جَازَ الاسْتِثْجَارُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ، وَهُوَ قَوْلُ عِصَامِ بْنِ يَوْسَافَ ، وَأَبِي نَضْرٍ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَلَامٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْمَشَايِخِ رحمهم الله» ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ «النَّوَاذِلِ» .

وَذَكَرَ فِي «تَمَمَةِ الْفَتَاوَى» : «الاسْتِثْجَارُ لِتَعْلِيمِ الْفَقْهِ لَا يَجُوزُ ، كَالِاسْتِثْجَارِ لِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فِي أَوَّلِ بَابِ الْقِسْمَةِ مِنْ «أَدَبِ الْقَاضِي» ، وَفِي الاسْتِثْجَارِ لِتَعْلِيمِ

(١) أَيِ : مَا يُؤْخَذُ عَلَيْهِ ؛ وَهُوَ إِزَاءُ الْفَحْلِ عَلَى النَّاقَةِ . يُقَالُ : أَضْرَبَ فُلَانٌ نَاقَتَهُ ، أَيِ : أَنْزَلَ الْفَحْلَ عَلَيْهَا . يَنْظُرُ : «الْمَجْمُوعُ الْمَغِيْثُ» لِأَبِي مُوسَى الْمَدِينِيِّ [٣١٧/٢] .

(٢) قَالَ النَّسْفِيُّ : وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى جَوَازِ الاسْتِثْجَارِ لِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ، لِأَنَّ الْأَحْكَامَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ ، قَالَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» : وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى . يَنْظُرُ : «الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ» [٢٨٢/١٠] ، «كَنْزُ الدَّقَائِقِ مَعَ تَبْيِينِ الْحَقَائِقِ» [١٢٤/٥] ، «التَّصْحِيحُ وَالتَّرْجِيحُ» [ص ٢٥٧] ، «تَكْمَلَةُ الْبَحْرِ الرَّائِقِ» [٢٢/٨] ، «الْبَابُ شَرْحُ الْكِتَابِ» [١٠٠/٢] ، «عَمْدَةُ الرَّعَايَةِ» [٥٦٤/٦] .

قال: وَلَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنُّوحِ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَلَاهِي؛ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ.

﴿غاية البيان﴾

الحرف روايتان: في رواية «المبسوط»: يَجُوزُ، وفي رواية القُدُوري: لَا يَجُوزُ. وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الإجارة الفاسدة: أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة، في^(١) جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن، فنحن أيضاً نقتي بالجواز^(٢). إلى هنا لفظ «التتمة».

ثُمَّ قَالَ فِيهَا: «استأجر إنساناً ليعلم غلامه، أو ولده شِعْراً، أو أدباً، أو حِرْفةً مِثْلَ: الْخِيَاطَةِ وَنَحْوِهَا؛ فَالْكُلُّ سَوَاءٌ إِنْ بَيَّنَّ الْمَدَّةَ؛ بَأَنِ اسْتَأْجَرَ شَهْرًا لِيُعَلِّمَهُ هَذَا الْعَمَلُ؛ يَجُوزُ، وَيَصَحُّ وَيَتَعَقَّدُ الْعَقْدُ عَلَى الْمَدَّةِ، حَتَّى يَسْتَحِقَّ الْأُجْرَةَ، تَعَلَّمَ أَوْ لَمْ يَتَعَلَّمَ، إِذَا سَلَّمَ الْأُسْتَاذُ نَفْسَهُ لَذَلِكَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ الْمَدَّةَ: فَيَتَعَقَّدُ لَكِنْ فَاسِداً، حَتَّى لَوْ عَلِمَ اسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ، وَإِلَّا فَلَا.

وكذلك تعليم سائر الأعمال، كالخطِّ، والهجاء، والحساب على هذا، ولو [٣٢١/٦م] شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل؛ فهو غير جائز؛ لأنَّ التحذيق ليس في وسع المعلم، والحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم، ولأنَّ الحذاقة ليس لها حدٌّ تنتهي إليه، فكان مجهولاً جهالة تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ^(٣). يُنْظَرُ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، وَفِي بَابِ إِجَارَةِ الرَّقِيقِ لِلْخِدْمَةِ.

قوله: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنُّوحِ)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ ﴿مختصره﴾^(٤).

(١) وقع بالأصل: «وفي». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [١٠٥/].

(٣) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [١٠٥/].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٠٤].

غاية البيان

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَلَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْغِنَاءِ، وَالنُّوحِ، وَالْمَزَامِيرِ، وَالطُّبْلِ، وَشَيْءٍ مِنَ الْبُهْرِ، وَلَا عَلَى الْحِدَاءِ، وَقِرَاءَةِ الشُّعْرِ، وَلَا غَيْرِهِ، وَلَا أَجَرَ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا كُلُّهُ فَوْقَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمته الله؛ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ وَلَهُوَ وَلَعِبٌ، وَالْمُسْتَجَارُ عَلَى الْمَعَاصِي وَاللَّعِبِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ».

وَقَدْ حَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ» رحمته الله: عَنْ مُسْلِمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: حَدَّثَنَا سَلَامُ بْنُ مُسْكِينٍ، عَنْ شَيْخٍ شَهِدَ أَبَا وَائِلٍ فِي وَلِيمَةٍ، فَجَعَلُوا يُغَنُّونَ، فَحَلَّ أَبُو وَائِلٍ حَبْرَتَهُ، وَقَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: «إِنَّ الْغِنَاءَ يُبَيِّتُ النِّفَاقَ فِي الْقُلُوبِ»^(١).

وَحَدَّثَ صَاحِبُ «السَّنَنِ» أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى نَافِعٍ قَالَ: «سَمِعَ ابْنُ عُمَرَ رحمته الله مِزْمَارًا، قَالَ: فَوَضَعَ إصْبَعَيْهِ فِي أُذُنَيْهِ، وَنَأَى عَنِ الطَّرِيقِ، وَقَالَ لِي: يَا نَافِعُ هَلْ تَسْمَعُ شَيْئًا؟ قَالَ: قُلْتُ: لَا، قَالَ: فَرَفَعَ إصْبَعَيْهِ مِنْ أُذُنَيْهِ، وَقَالَ: كُنْتُ مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَسَمِعَ مِثْلَ هَذَا فَصَنَعَ مِثْلَ هَذَا»^(٢). رَوَاهُ فِي «السَّنَنِ» فِي كِتَابِ «الْأَدَبِ».

(١) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْأَدَبِ/ بَابِ كِرَاهِيَةِ الْغِنَاءِ وَالزَّمْرِ [رقم/٤٩٢٧]، وَمِنْ طَرِيقِهِ ابْنُ حَزْمٍ فِي «الْمَحَلِّي» [٥٧/٩]، وَابْنُ الْبَيْهَقِيِّ فِي «السَّنَنِ الْكَبِيرِ» [٢٢٣/١٠]، وَابْنُ الْجَوْزِيِّ فِي «الْعَلَلِ الْمُتَنَاهِيَةِ» [٣٠٠/٢]، مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه.
قَالَ ابْنُ الْمَلْقَنِ: «رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ، قَالَ ابْنُ طَاهِرٍ وَغَيْرُهُ: وَأَصَحُّ الْأَسَانِيدِ فِي ذَلِكَ وَقْفُهُ عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ». يَنْظُرُ: «خُلَاصَةُ الْبَدْرِ الْمُنِيرِ» لِابْنِ الْمَلْقَنِ [٤٤٠/٢]، [٤٤١].

(٢) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْأَدَبِ/ بَابِ كِرَاهِيَةِ الْغِنَاءِ وَالزَّمْرِ [رقم/٤٩٢٤]، وَمِنْ طَرِيقِهِ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الْكَبِيرِ» [٢٢٢/١٠]، وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ» [٨/٢]، ابْنُ حَزْمٍ فِي «الْمَحَلِّي» [٦٢/٩]، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه.
قَالَ أَبُو دَاوُدَ: «هَذَا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ».

•••••
 هاية البيان •••••

وَحَدَّثَ الْبُخَارِيُّ فِي «الصَّحِيحِ»: بِإِسْنَادِهِ إِلَى مَسْرُوقٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ ﷺ،
 قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ ضَرَبَ الْخُدُودَ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ، وَدَعَا بِدَعْوَى
 الْجَاهِلِيَّةِ»^(١).

وَحَدَّثَ الْبُخَارِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي بُرْدَةَ [٥٠٤/٢] بَنِ أَبِي مُوسَى، قَالَ:
 وَجَعَ أَبُو مُوسَى وَجَعًا فَعُشِيَ عَلَيْهِ وَرَأْسُهُ فِي حِجْرِ امْرَأَةٍ، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهَا
 شَيْئًا، فَلَمَّا أَفَاقَ قَالَ: «إِنِّي بَرِيءٌ مِمَّنْ بَرِيءٌ مِنْهُ مُحَمَّدٌ ﷺ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَرِيءٌ
 مِنَ الصَّالِقَةِ، وَالْحَالِقَةِ، وَالشَّاقَّةِ»^(٢). رواه في باب «الجنائز».

قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ الْخَطَّابِيُّ ﷺ: «الصَّالِقَةُ: الَّتِي تَرْفَعُ صَوْتَهَا بِالْبُكَاءِ وَالتَّوْحِ،
 بِالصَّادِ وَالسِّينِ، وَالْحَالِقَةُ: الَّتِي تَحْلِقُ رَأْسَهَا فِي الْمَصِيبَةِ، وَالشَّاقَّةُ: الَّتِي تَشُقُّ
 ثَوْبَهَا»^(٣).

وَفِي «السَّنَنِ»: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ سَلَقَ، وَمَنْ حَلَقَ، وَمَنْ
 خَرَقَ»^(٤).

وَالطَّبْلُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنْهِيًّا إِذَا كَانَ لِلَّهِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِغَيْرِهِ؛ فَلَا بَأْسَ بِهِ، كَطَبْلِ
 الْغَزَاةِ، وَطَبْلِ الْعُرْسِ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ فِي «الْأَجْنَاسِ»: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يَكُونَ

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب ليس منا من شق الجيوب [رقم/١٢٣٢]، ومسلم في
 كتاب الإيمان/ باب تحريم ضرب الخدود وشق الجيوب والدعاء بدعوى الجاهلية [رقم/١٠٣]،
 من حديث عبد الله بن مسعود ﷺ به.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب ما ينهى من الحلق عند المصيبة [رقم/١٢٣٤]، ومسلم
 في كتاب الإيمان/ باب تحريم ضرب الخدود وشق الجيوب والدعاء بدعوى الجاهلية
 [رقم/١٠٤]، من حديث أبي موسى ﷺ به.

(٣) ينظر: «أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري» للخطابي [٦٨٨/١].

(٤) أخرجه: أبو داود في/ باب في النوح [رقم/٣١٣٠]، والنسائي في كتاب الجنائز/ شق الجيوب
 [رقم/١٨٦٥]، وأحمد في «المسند» [٣٩٦/٤]، من حديث أبي موسى ﷺ به.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ، وَقَالَ: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ

غاية البيان

ليلة العرس دُفَّ يُضْرَبُ بِهِ؛ لِيُشْهَرَ ذَلِكَ وَيُعْلَنَ بِهِ النِّكَاحُ.

وَقَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ إِسْحَاقُ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي كِتَابِ الْكِرَاهِيَةِ [٢/٣٢٢/٦] مِنْ «فَتَاوَاه»: «رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُضْرِبَ الطَّبْلَ، إِنْ كَانَ لِلْهَوَى لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ، وَإِنْ كَانَ لِلْغَزْوِ أَوْ الْقَافِلَةِ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ طَاعَةٌ»^(١).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ).

وَقَالَ: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ^(٢)، أَي: قَالَ الْقُدُّورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقْسَمُ وَفِيمَا لَا يُقْسَمُ»^(٤) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَزُفَرَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَأْجِرُ شَرِيكًا فِي الْعَقَارِ، فَيَسْتَأْجِرُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ أَوْ شُرَكَائِهِ كُلَّهُ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وكَذَلِكَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي رَجُلَيْنِ آجَرَا دَارًا لهُمَا مِنْ رَجُلٍ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْمُؤْجَرَيْنِ بَطُلَتْ الْإِجَارَةُ فِي نَصِيبِهِ، وَالْإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الْحَيِّ صَحِيحَةٌ

(١) ينظر: «الفتاوى الولوالجية» [٣٤٠/٢].

(٢) قال في «التصحيح»: وفي «الفتاوى الصغرى» و«تتمة الفتاوى» و«الحقائق»: الفتوى على قول أبي حنيفة، واعتمده النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة. ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» [٤٠٤/٣]، «التجريد» [٣٦٥٥/٧]، «مختلف الرواية» [١٥٩٧/٣]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٧/٢]، «الجوهر» النيرة» [٢٧٠/١]، «التصحيح والترجيح» [ص ٢٥٨]، «تكملة البحر الرائق» [٢٣/٨]، «مجمع الأنهر» [٣٨٥/٢] «اللباب شرح الكتاب» [١٠٠/٢].

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص ١٠٤].

(٤) معناه: أن المنفعة تفوت بالقسمة والتجزؤ كما في العبد، لا أنه لا يحتمل التجزؤ في نفسه؛ لأنه ما من شيء في الدنيا إلا ويحتمل التجزؤ في نفسه. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«ن».

وَصُورَتُهُ أَنَّ يَؤَاجَرَ نَصِييًّا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِييَّهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ . لَهُمَا أَنَّ لِلْمَشَاعِ مَنَفَعَةً وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ ،

نهاية البيان

على حالها ، ولا يَجُوزُ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : أَنْ يَسْتَأْجَرَ مِنْ عَقَارٍ مِثْلَ ذِرَاعٍ ، وَلَا مِنْ أَرْضٍ جَرِييًّا ^(١) ، أَوْ جَرِييْنِ إِذَا كَانَتْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله .

وَقَالَ فِي «شرح الطحاوي» : «إِجَارَةُ الْمَشَاعِ مِنْ شَرِيكِه جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ ، وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِه : لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَعِنْدَهُمَا : تَجُوزُ ، وَيُبْعُ الْمَشَاعُ يَجُوزُ مِنْ شَرِيكِه ، وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِه بِالْإِجْمَاعِ ، سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، أَوْ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، وَرَهْنُ الْمَشَاعِ مِنْ شَرِيكِه ، وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِه - سَوَاءٌ كَانَ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، أَوْ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ - لَا يَجُوزُ .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : يَجُوزُ ^(٣) .

وَهِيَ الْمَشَاعُ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ [جَائِزَةٌ] ^(٤) ، وَفِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا تَجُوزُ عِنْدَنَا ^(٥) .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : تَجُوزُ ^(٦) ، وَفَرَضُ الْمَشَاعِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ .

(١) الْجَرِيْبُ مِنَ الْأَرْضِ وَالطَّعَامِ : مِقْدَارُ مَعْلُومِ الذَّرَاعِ وَالْمَسَاحَةِ ، وَهُوَ عَشْرَةُ أَقْفَظَةٍ . وَيُقَالُ : الْجَرِيْبُ مِكْيَالٌ قَدْرُ أَرْبَعَةِ أَقْفَظَةٍ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، كَالرُّطْلِ وَالْمُدِّ وَالذَّرَاعِ وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٢) يَنْظُرُ : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٩] .

(٣) يَنْظُرُ : «الأم» للشافعي [٣٩٥/٤] ، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٤/٦] ، و«روضه الطالبين» للنووي [٣٨/٤] .

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٥) نَصْرٌ فِي كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا نَصْفَهُ قَرْضًا وَنَصْفَهُ مُضَارَبَةً ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : «ج» ، «م» ، «ن» .

(٦) يَنْظُرُ : «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٧] . و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبهوي =

غاية البيان

وَأَمَّا وَقْفُ الْمَشَاعِ: فَأَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله لَا يَرَى الْوَقْفَ مُشَاعًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ .
وَعِنْدَهُمَا: يَجُوزُ الْوَقْفُ .

ثُمَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: وَقْفُ الْمَشَاعِ جَائِزٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته الله: بَاطِلٌ .
وَلَوْ آجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً: فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَهَذَا لَا يَكُونُ مُشَاعًا
بِخِلَافِ الْهَبَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ دَارَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً: لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله .

ثُمَّ الْعَقْدُ مَتَى حَصَلَ فِي غَيْرِ الْمَشَاعِ، فاعترضَ الشُّيُوعُ مِنْ بَعْدِ، فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ
الْعَقْدُ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا مِنْ رَجُلَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْمُؤْجَرَيْنِ؛ لَمْ تَنْتَقِصِ
الْإِجَارَةُ فِي حِصَّةِ الْحَيِّ، وَإِنْ بَقِيََتْ مُشَاعًا .

وَكَذَا لَوْ آجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ صَحَّتِ الْإِجَارَةُ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُسْتَأْجَرَيْنِ
انْتَقَضَتِ الْإِجَارَةُ فِي حَقِّهِ، وَبَقِيََتْ فِي الْحَيِّ كَمَا كَانَ جَائِزًا^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِمَامِ
الْأَسْبِجَابِيِّ رحمته الله فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ» .

وَقَدْ صَرَّحَ أَنَّ إِجَارَةَ الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ جَائِزَةٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَيَنْبَغِي أَنْ
[٥٠٤/٢] يَكُونَ هَذَا عَلَى الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ لِأَنَّ الْقُدُورِيَّ رحمته الله قَالَ
فِي «التَّقْرِيبِ»: «وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِي اخْتِلَافِ [٣٢٢/٦] أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ رحمته الله الَّذِي
رَوَاهُ مَا يُوجِبُ إِلَّا تَصَحُّحَ إِجَارَةِ الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ، ثُمَّ قَالَ: وَالْمَشْهُورُ جَوَازُهُ»^(١) .

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَيْضًا فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» فَقَالَ: «وَأَمَّا إِجَارَةُ
الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ: فَقَدْ رَوَى زُفَرٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّهَا لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ مَا لَا

= [٥٢٩/٤] . و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥] .

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبجيابي [ق/٢٨٩] .

حاشية البيان

يَحُوزُ مع غير الشريك، لَا يَحُوزُ مع الشريك، كَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ»^(١).

وقال الإمام علاء الدين العالم في «طريقة الخلاف»: «قال أبو حنيفة: إجازة المشاع غير صحيحة، سواء كان محتملاً للقسمة، كالدار وغيرها، أو غير محتمل للقسمة، كالدابة ونحوها. وقال صاحباه والشافعي رحمهما: صحيحة»^(٢).

وثمره الاختلاف: تظهر في وجوب المسمى عند التسليم، والانتفاع عنده: لَا يَجِبُ، وعندهم: يَجِبُ.

وهل يَجِبُ أَجْرُ المثل عند أبي حنيفة رحمهما؟ فيه روايتان: في رواية: لَا يَجِبُ، وبعض مشايخنا عولوا على هذه الرواية، وقالوا: إن هذه الإجازة باطلة.

وفي رواية: يَجِبُ، وبعضهم عولوا على هذه الرواية، وقالوا: إنها فاسدة، وهو الصحيح»^(٣). إلى هنا لفظ العالم في «طريقته».

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «وطريق جواز إجازة المشاع: أن يلتحق بها قضاء القاضي، أو يُعَقَّدَ على الكل، ثُمَّ يُفَسَّخَ في البعض»^(٤).

وقال محمد رحمهما في «الجامع الصغير»: «عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهما: في رجلٍ آجر رجلاً نصف دارٍ غير مقسوم، قال: لَا يَحُوزُ، وقال يعقوب ومحمد: هو جائز».

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهما: في دارٍ بين رجلين آجر أحدهما

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٨].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٤٥/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٢٦/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٨٤/٥].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٥].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢١٧].

غاية البيان

صاحبه نصفها غير مقسوم، قال: جائز.

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة عليه السلام: في دار بين رجلين آجرها من رجلٍ معاً، ثم ناقض المستأجر أحدهما الإجارة في نصيبه، قال: لا يبطل نصيب الآخر، وكذلك إن مات أحدهما لم تبطل الإجارة في حصّة الحي ^(١). إلى هنا لفظ محمد في أصل «الجامع الصغير».

وجه قولهما: أن الإجارة بيع المنفعة؛ لأن طريق جوازها إقامة العين مقام المنفعة، فصارت كبيع العين، ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره، فكذا بيع المنفعة، ولأن العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك، كالرهن والهبة، حتى لو رهن المشاع، أو وهبه من شريكه، أو غير شريكه؛ لا يجوز.

فها هنا لما ثبت أن إجارة المشاع من الشريك جائزة؛ ثبت أن الشيوع لا يبطل الإجارة، فوجب أن تصح الإجارة مشاعاً من الأجنبي، كما تصح من الشريك، وكما إذا آجر داره من اثنين.

وجه قول أبي حنيفة عليه السلام: أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه، وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد، كإجارة العبد الأبقي، والمبيع قبل القبض، وإجارة الأرض السبخة التي لا تثبت للزراعة.

ولأنما قلنا هذا: لأن الشائع وإن كان منتفعاً لكن لا يمكن تسليمه إلا بالتهايؤ، والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناءً على حكمه، وهو الملك، فلا يصلح شرطاً [٢/٣٢٣/١] لجواز العقد؛ لأن شرط العقد يسبقه أو يقترن به، وحكم العقد يعقبه،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦ - ٤٣٧].

نهاية البيان

فَلَا يَصِحُّ إِجَارَةُ الْمَشَاعِ إِذَنْ ؛ لِثَلَا تَنْقَلِبُ الْحَقِيقَةُ .

وَلَأَنَّ الْمُهَيَاةَ - وَهِيَ قِسْمَةُ مَنَافِعِ الْأَعْيَانِ - عَقْدٌ فِي نَفْسِهِ ، فَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لَصَحَّتِ الْإِجَارَةُ ؛ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ ، وَذَلِكَ فَاسِدٌ ، فَتَفْسُدُ بِهِ الْإِجَارَةُ ، وَلَأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِالنِّصْفِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ إِلَّا بِالْإِنْتِفَاعِ بِالنِّصْفِ الَّذِي لَمْ يَسْتَأْجِرْهُ ، فَصَارَ كَرَجُلٍ آجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ ، وَاشْتَرَطَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِدَارٍ أُخْرَى لِلْمُؤَاجِرِ ، فَذَلِكَ فَاسِدٌ ، فَكَذَا هَذَا ، وَلِأَنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَتَمَيَّزُ مِمَّا لَمْ يُؤَاجِرْهُ ، فَلَا يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ آجَرَهُ أَحَدُ عَبْدَيْنِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَعَهُ [٥٠٥/٢] أَوْجَبَ رَفْعَ الشُّيُوعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ الْمَنَافِعِ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ ، فَلَا يَظْهَرُ الشُّيُوعُ أَصْلًا ، هَذَا عَلَى الْمَشْهُورِ .

وَأَمَّا عَلَى رَوَايَةِ زُقَرٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْفَرْقِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجُوزُ أَيْضًا ، فَلَا يَرُدُّ السُّؤَالُ ، وَلَأَنَّ الْإِجَارَةَ مِنَ الشَّرِيكِ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الْقِسْمَةِ وَالْمُهَيَاةِ ، فَصَحَّتْ ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ حَيْثُ تَبَقَّى الْإِجَارَةُ صَحِيحَةً ، كَمَا إِذَا آجَرَ كُلَّ الدَّارِ ثُمَّ تَفَاسَخَا الْإِجَارَةُ فِي النِّصْفِ الشَّائِعِ ، وَكَمَا إِذَا آجَرَ الرَّجُلَانِ الدَّارَ ، ثُمَّ فَسَخَ أَحَدُهُمَا الْإِجَارَةَ فِي نَصِيهِ مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ .

وَكَذَا إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُؤَاجِرَيْنِ ، أَوْ أَحَدُ الْمُسْتَأْجِرَيْنِ ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الْحَيِّ ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَرَأَ بَعْدَ صَحَّةِ الْعَقْدِ ، وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ ، كَرَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ دَارًا ، ثُمَّ رَجَعَ فِي نَصْفِهَا ؛ لَا تَبْطُلُ الْهَبَةُ فِي الْبَاقِي ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَالتَّحْقِيقُ هُنَا أَنْ يُقَالَ : إِنَّ الشُّيُوعَ إِنَّمَا يَبْطُلُ الْإِجَارَةُ لِقُوَّةِ الْقُدْرَةِ ، وَالْقُدْرَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ حَالَةَ الْبَقَاءِ ، كَالْعَبْدِ يَأْبُقُ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ ، فَلِذَلِكَ جُعِلَ عَفْوًا فِي حَالَةِ

غاية البيان

البقاء، وقد عهَدَ في قواعدِ الشَّرْعِ: أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ كَوْنُ الشَّيْءِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ إِذَا قَارَنَهُ أَنْ يَكُونَ مُفْسِدًا إِذَا طَرَأَ، كَالْجِهَالَةِ الطَّارِئَةِ فِي الْبَيْعِ.

وبخلافٍ ما إذا آجَرَ دَارًا مِنْ رَجُلَيْنِ، حَيْثُ يَصَحُّ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جَمْلَةً بَلَا إِشَاعَةٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَوْفِي مَنَافِعَهَا عَلَى مِلْكِ الْمُؤَجِّرِ، وَتَخْرُجُ مِنْ مِلْكِهِ جَمْلَةً، وَإِنَّمَا تَنْقَسِمُ فِي مِلْكِهِمَا، فَتَصِيرُ الْمُهَيَاةُ مِنْ حَقُوقِ مِلْكِهِمَا، فَلَا تَكُونُ الْمُهَيَاةُ شَرْطًا لَصَحَّةِ الْعَقْدِ، فَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مَا كَانَ مَتْرَاحِيًا سَابِقًا.

فَإِنْ قُلْتُ: كَيْفَ جَوَّزَ أَبُو حَنِيفَةَ عليه السلام عَلَى الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْهُ: إِجَارَةَ (١) الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ، وَلَمْ يَجُوزْ رَهْنُ الْمَشَاعِ، وَلَا [٣٢٢/٦ م] هِبَةُ الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ وَغَيْرِهِ.

قُلْتُ: إِنَّمَا يَشْتَرَطُ فِيهِمَا الْقَبْضُ، وَالْإِشَاعَةُ تُؤَثِّرُ فِي الْقَبْضِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّ صَحَّتْهَا لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ يَقُولُ: إِنَّ الْإِجَارَةَ فِي الْمَشَاعِ إِنَّمَا لَا تَجُوزُ إِذَا آجَرَ الرَّجُلُ بَعْضَ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ يُهَابِي الْمُسْتَأْجَرَ، فَتَكُونُ الدَّارُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَدَّةً، وَفِي يَدِ الْمُؤَجِّرِ مَدَّةً، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحَقَّ الْمُؤَجِّرُ الْأُجْرَةَ مَعَ كَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا إِذَا آجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ يُهَابِي غَيْرَ الْمُؤَجِّرِ، وَلَيْسَ يَمْتَنِعُ أَنْ تَكُونَ الدَّارُ فِي يَدِ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَأُجْرَتُهَا عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَعَارَهَا أَوْ أَجَارَهَا، إِلَّا أَنَّ أَبَا الْحَسَنِ رحمته الله رَوَى فِي «جَامِعِهِ» نَصًّا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ إِجَارَةَ الْمَشَاعِ فِي الْوَجْهَيْنِ لَا تَجُوزُ» (٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله.

(١) وقع بالأصل: «إشارة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٦٨/ق].

والتسليم ممكن بالتخليّة أو بالتهايو فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور، والتخليّة أُعتبرت تسليمًا لوقوعه تمكينًا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكّن في المشاع، بخلاف البيع يحصل التمكن فيه، وأمّا التهايو فإنما يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه، والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه، ولا يُعتبر المتراخي سابقًا، وأمّا إذا أجر من شريكه فالكُل يحدث على

غاية البيان

في «شرحه».

قوله: (والتسليم ممكن بالتخليّة)، أي: فيما إذا أجر نصيبًا من داره.

قوله: (أو بالتهايو)، أي: التسليم ممكن بطريق التهايو فيما إذا أجر نصيبه من دار مشتركة.

قوله: (وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور)، إشارة إلى قوله: (أجر ما لا يقدر على تسليمه)، أي: إنّما قلنا هذا لأجل هذا المعنى.

قوله: (والتخليّة أُعتبرت تسليمًا لوقوعه تمكينًا)، جواب عن قولهما: والتسليم ممكن بالتخليّة، أي: برفع الموانع.

بيانه: أنّ التخليّة إنّما تكون كالسليم؛ لكون التخليّة سببًا من التمكن، ولا تمكّن في المشاع، بخلاف البيع، فإن التمكن يحصل فيه، فتقوم التخليّة مقام التسليم، فيجعل المشتري قابضًا بالتخليّة.

تحقيق ذلك: أنّ المقصود في باب البيع العين والرّقبة، والملك يحصل في العين محوزًا كان أو مشاعًا، فلم تؤثر الإشاعة فيه، بخلاف [٥٠٥/٢] الإجارة، فإن المقصود منها الانتفاع بالمستأجر، والإشاعة تؤثر فيه.

مَلِكِهِ فَلَا شُيُوعَ ، وَالْإِخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ يَتَفَرَّقُ الْمَلِكُ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ .

قَالَ : وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظَّنِّ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطَّلَاق: ٦] ؛ وَلِأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

غَايَةِ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ : (لَوْ قُوْعِهِ) . الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى (التَّخْلِيَةِ) ، عَلَى تَأْوِيلِ رَفْعِ الْمَوَانِعِ .

قَوْلُهُ : (عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ) ، أَيُ : لَا يَصِحُّ عَقْدُ إِجَارَةِ الْمَشَاعِ مَعَ الشَّرِيكِ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؓ .

قَالَ الْقُدُورِيُّ ؓ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» : «رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ ؓ : بَطْلَانُ الْعَقْدِ فِي الْجَمِيعِ» ، يَعْنِي : فِي إِجَارَةِ الْمَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ وَغَيْرِهِ ، وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ : كَمَوْتِ أَحَدِ الْمُؤَجَّرَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْمُسْتَأْجَرَيْنِ ، وَغَيْرُ الطَّارِئِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمَفْسِدَ فِي الْإِبْتِدَاءِ : وَجُوبُ الْمُهَيَّأَةِ عِنْدَ الْإِسْتِيفَاءِ ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي الثَّانِي .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظَّنِّ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) ، أَيُ [٦/٣٢٤م] : قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(١) .

وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِ إِجَارَةِ الظَّنِّ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَنْتُمْ بِبَيْنِكُمْ بِمَعْرِوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُهِنَّ فَسْتَرْضِعْنَ لَهُنَّ أُخْرَى ﴾ [الطَّلَاق: ٦] . أَيُ : إِنْ أَرْضَعَتْ الْمُطَلَّقَاتُ أَوْلَادَكُمْ ﴿ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ . إِذَا لَمْ يَطَّوْعَنَّ بِذَلِكَ ، فَإِنَّهُ مِنَ النِّفْقَةِ ، وَالنِّفْقَةُ عَلَى الْأَبِ .

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤] .

وَقَبْلَهُ فَأَقْرَهُمُ عَلَيْهِ . ثُمَّ قِيلَ : إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى الْمَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا النَّصَبِ وَالْقِيَامَ بِهِ ، وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ .

غاية البيان

﴿وَاتِمُّوا بَيْنَكُمْ﴾ ، أي : أنفقوا فيما بينكم . يَعْنِي : الأزواج والزوجات ﴿بِمَعْرُوفٍ﴾ ، في أمر الإرضاع على شيء يُسْتَحْسَنُ عَقْلًا وَشَرْعًا ، ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ﴾ ، أي : تضايقتُم ، ﴿أُخْرَى﴾ ، أي : امرأة أخرى . كذا في «التيسير»^(١) .

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره» : «إجارة الظئر جائزة بكتاب الله تعالى ، وهو قوله تعالى : ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ فَاسْتَزِضْ لَهَا أُخْرَى﴾ ، وهو تعاسر الأبوين في الأجر ، والله أعلم .

وكذلك روي في التفسير ، وهو أن يَذَلَ الأبُّ على رضاع ولده أجزًا ، وتطلبُ الوالدةُ أكثرَ منه ، فله أن يسترضع غيرها إذا رضيَ الغيرُ بما بذله الأبُّ من الأجر ، فإذا أرادتِ الأمُّ أخذه بذلك ؛ فهي أحقُّ بذلك ؛ لأنَّ حقَّ الحضانة لها دون غيرها ؛ لحنوها على ولدها ورأفتها به .

وإنما يجوز ذلك لها : إن كانت بائنة من الزوج ، معتدة كانت أو غير معتدة ، وهذه رواية محمد ﷺ ، وقال الحسن : لا يجوز لها أخذ الأجر وأخذ النفقة ، لا يجمع لها نفقة وأجر رضاع ، فأما إذا كانت زوجة : فلا يجوز أن تأخذ على رضاع ولدها منه أجرًا في قول أصحابنا جميعًا^(٢) . إلى هنا لفظ الكرخي ﷺ في «مختصره» .

قال القُدوري في شرحه لـ «مختصر الكرخي» : «قد اختلف أصحابنا المتأخرون في حكم هذا العقد ، فمنهم من قال : إنَّ العقدَ يَقَعُ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَهِيَ خِدْمَةُ الصَّبِيِّ وَالْقِيَامُ بِهِ ، وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّبَنَ عَيْنٌ

(١) هو : «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي . وقد تقدم التعريف بذلك .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [ق/٧٨] .

وَقِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالْخِدْمَةَ تَابِعَةً، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعْتُهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لَا تُسْتَحَقُّ الْأَجْرُ. وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ

غَايَةِ الْبَيَانِ

مِنَ الْأَعْيَانِ، وَالْأَعْيَانُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْإِجَارَةِ إِلَّا عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ، كَالصَّبْغِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ وَالْخِدْمَةَ تَبَعَهُ؛ بِدَلَالَةِ أَنَّهَا لَوْ أَرْضَعْتُهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لَمْ يَسْتَحَقَّ الْأَجْرُ وَإِنْ حَصَلَتْ الْخِدْمَةُ^(١).

ثُمَّ قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله: «وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى خِدْمَةٍ مَخْصُوصَةٍ، وَهِيَ خِدْمَةُ الرِّضَاعِ، فَإِذَا أَرْضَعْتُهُ بِلَبَنِ الشَّاةِ؛ لَمْ تَوْجَدْ الْمَنَافِعَ عَلَى الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ، وَهَذَا كَالصَّبْغِ إِذَا صَبَغَ الثَّوبَ لَوْنًا غَيْرَ الْمَشْرُوطِ.

وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رحمته الله عَلَى الطَّرِيقَةِ الْأُولَى فَقَالَ - مُسْتَدِلًّا عَلَى أَنَّ لَبَنَ الْآدَمِيِّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَقَعُ عَلَيْهِ -: فَلَوْ كَانَ مِمَّا لَهُ قِيَمَةٌ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْإِجَارَةِ، فَلَمَّا اسْتَحَقَّ دَلَّ عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى الْخِدْمَةِ وَاللَّبَنِ تَبَعٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ لَبَنَ الشَّاةِ لَمَّا كَانَ مُقَوِّمًا لَمْ يَجْزِ اسْتِجَارُهَا لِلشَّرْبِ وَالرِّضَاعِ^(٢).

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمته الله [٣٢٤/٦ م] فِي «شرح الجامع الصغير» [٥٠٦/٢]: سَمِعْتُ الْفَقِيهَ أَبَا جَعْفَرٍ، يَقُولُ: سَمِعْتُ الْفَقِيهَ أَبَا الْقَاسِمِ أَحْمَدَ بْنَ حَمٍّ^(٣)، قَالَ: قَالَ نُصَيْرُ بْنُ يَحْيَى: سَمِعْتُ الْحَسَنَ بْنَ سَيْهَوْبٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ يَقُولُ: جَوَازُ إِجَارَةِ الظُّرِّ دَلِيلٌ عَلَى فُسَادِ بَيْعِ لَبَنِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ الْإِجَارَةُ ثَبَتَ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٦١/٢]، «الفقه النافع» [١١٣٤/٣]، «بدائع الصنائع» [٤٧/٤]، «تبيين الحقائق» [١٢٧/٥]، «الجوهرة النيرة» [٣٤٩/١]، «البنية» [٢٧٥/٩]، «نتائج الأفكار» [٦٣/٩].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧٩/ق].

(٣) هو أبو القاسم الصفار. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«ن». وهو: أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار البلخي الفقيه المحدث. وقد تقدّمت ترجمته. وحَمٍّ: هو لقبه. وقد أغرب العلامة الكفوي فقال: «بفتح الخاء المعجمة»! وَلَمْ نَجِدْهُ لغيره. ينظر: «كتائب أعلام الأخيار من فقهاء مذهب النعمان المختار» للكفوي [ق ١١٣/أ] مخطوط راغب باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤١).

الْأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً، لِيَشْرَبَ لَبْنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عَنِ
الْإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ
الْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً، إِعْتِبَارًا بِالِاسْتِئْجَارِ عَلَى الْخِدْمَةِ.

قَالَ: قَالَ: وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا، اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا:
لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ مَجْهُولَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخُبْزِ وَالطَّبْخِ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

أَنَّ سَبِيلَهُ سَبِيلُ الْمَنَافِعِ، وَلَيْسَ سَبِيلُهُ سَبِيلُ الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَالًا لَمْ تَجْزِ
إِجَارَتُهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً عَلَى أَنْ يَشْرَبَ لَبْنَهَا؛ لَمْ تَجْزِ الْإِجَارَةُ،
فَلَمَّا جَازَ إِجَارَةُ الظَّئْرِ ثَبَتَ أَنَّ لَبْنَهَا لَيْسَ بِمَالٍ. وَقَدْ مَرَّ مَرَّةً فِي بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ اسْتِئْجَارَ الظَّئْرِ عَقْدٌ عَلَى الْخِدْمَةِ: وَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِي الْعَقْدِ عَلَيْهَا
مَا يُعْتَبَرُ فِي الْعَقْدِ عَلَى اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ، فَكُلُّ مَا جَازَ ثَمَّةً؛ جَازَ هُنَا، وَمَا
بَطَلَ ثَمَّةً بَطَلَ هُنَا، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ رحمته الله اسْتَحْسَنَ فِي اسْتِئْجَارِهَا بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا،
وَأَنَّ لَمْ يُوصَفْ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ، وَيَكُونُ لَهَا الْوَسْطُ مِنْهُ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَجُوزُ قِيَاسًا،
وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهَا.

قَوْلُهُ: (وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ)، وَأَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرَهُ قَرِيبًا مِنْ
صَفْحَةٍ بِقَوْلِهِ: (لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله).

وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(١)، يَعْنِي: إِذَا اسْتَأْجَرَ
الظَّئْرَ عَلَى طَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ جَارًا، وَيَكُونُ لَهَا الْوَسْطُ مِنْ ذَلِكَ
اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رحمته الله ^(٢).

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» [ص٤٤١]، «المبسوط» [١١٩/١٥]، «بدائع الصنائع» [١٩٣/٤]، =

وَلَهُ أَنْ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي الْعَادَةِ التَّوْسِيعَةَ عَلَى الْأَظَارِ شَفَقَةً عَلَى الْأَوْلَادِ فَصَارَ كَبَيْعٍ قَفِيزٍ مِنْ صَبْرِهِ، بِخِلَافِ الْخُبْزِ وَالطَّنْبَخِ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

غاية البيان

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الظُّرَّ بِطَعَامِهَا وَكَسَوْتِهَا، قَالَ: جَائِزٌ أَسْتَحْسِنُ ذَلِكَ، وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ، وَإِنْ سَمِيَ الطَّعَامَ دِرَاهِمَ، وَسَمِيَ الْكِسْوَةَ، فَوَصَفَ جَنْسَهَا، وَضَرَبَهَا، وَأَجَلَهَا، وَذَرَعَهَا؛ فَهُوَ جَائِزٌ»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ هَذَا بَدَلٌ عَنِ الْمَنْفَعَةِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، فَلَا يَصَحُّ مَعَ الْجَهَالَةِ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ مَانِعَةٌ مِنَ الصَّحَةِ، كَمَا فِي سَائِرِ عَقُودِ الْإِجَارَاتِ وَالْمُعَاوَضَاتِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: أَنَّ الْجَهَالَةَ لَيْسَتْ مَانِعَةً لَهَا، بَلْ لَكُونَهَا مُفْضِيَةً إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَالْجَهَالَةُ هُنَا لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِالْإِحْسَانِ إِلَى الظُّرِّ وَعَدَمِ الْمُنَاقَشَةِ وَالْمَشَاحَةِ فِي الشَّرْطِ، بَلْ يُوفِيهِ إِثَّاهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَخْتَارُ هِيَ وَتُرِيدُ لِحُبِّ الْوَلَدِ، وَلِأَنَّ الظُّرَّ إِذَا كَانَ طَعَامُهَا مُوَافِقًا؛ رَجَعَ مَنَفَعَةُ ذَلِكَ [٣٢٥/٦ م] إِلَى الصَّبِيِّ، فَصَارَ الْإِحْسَانُ إِلَيْهَا إِحْسَانًا إِلَى الْوَلَدِ، وَإِطْعَامُهَا إِطْعَامَ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ الْغِذَاءُ إِلَيْهِ بِوَاسِطَتِهَا، وَيَبْقَى بِتَرْبِيَّتِهَا^(٢)، وَهَذَا مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْوَصْفِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فِي حَقِّهَا أَيْضًا مَعَ جَهَالَةِ الْوَصْفِ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي «شرح الجامع الصغير»: «وقد احتج بعضهم

= «الاختيار» [٥٩/٢]، «تبين الحقائق» [١٢٧/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٠/١]، «التصحیح والترجيح» [ص ٢٥٧]، «اللباب شرح الكتاب» [١٠٠/٢].

(١) ينظر: المصدر السابق [ص ٤٤١].

(٢) وقع بالأصل: «بترتيبها». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وفي: «الجامع الصغير»: فَإِنَّ سَمَى الطَّعَامِ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الْكُسُوةِ وَأَجْلَهَا وَذَرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ. وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الْأُخْرَى دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لَا جَهَالَةَ فِيهِ.

غاية البيان

لأبي حنيفة بالآية، وهو قوله ﷺ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. الآية، والله تعالى قد شرط للظئر الرزق والكسوة بالمعروف، ولم يُقدِّر في ذلك تقديرًا. فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا أَرَادَ الطَّعَامَ وَالْكُسُوةَ لِلزَّوْجَةِ لَا لِلظَّئِرِ.

قِيلَ لَهُ: إِنَّمَا اشْتَرَطَ لِلزَّوْجَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ لِأَجْلِ الرِّضَاعِ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ظَيْرٍ أُخْرَى، وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ: أَنْ يَجْعَلَ الدَّرَاهِمَ بَدَلًا عَنِ الْإِرْضَاعِ، ثُمَّ يَنْتَبِذِلُ بِهِ طَعَامًا، فَيَصِحُّ ذَلِكَ.

وَأِنْ سَمَى الطَّعَامَ جَازًا أَيْضًا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنٌ؛ بِدَلِيلِ وَجُوبِهِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ فِي عَامَّةِ الْمَعَامَلَاتِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ ثَمَنًا لَمْ يَكُنِ الْأَجَلُ شَرْطًا، كَمَا فِي سَائِرِ الْأَثْمَانِ [٥٠٦/٢]، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لِأَنَّهُ لَهُ حَمَلًا وَمُؤَنَةً.

وَأَمَّا الْكُسُوةُ: فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْأَجَلِ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا بِكُلِّ حَالٍ.

وَقَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إِنْ سَمُّوا لَهَا طُولَ كُلِّ ثَوْبٍ وَعَرَضَهُ وَرَفَعْتَهُ، وَضَرَبُوا لَذَلِكَ أَجَلًا؛ فَهُوَ جَائِزٌ، أَمَّا الصِّفَةُ: فَلَصِيرُورَتِهَا مَعْلُومَةٌ، وَأَمَّا الْأَجَلُ: فَلْيَجِبْ فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ لَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ إِلَّا سَلَمًا، وَالْأَجَلُ مِنْ شَرَائِطِ صَحَةِ السَّلَمِ.

وكَذَلِكَ الطَّعَامُ إِنْ سَمُّوا لَهَا لِكُلِّ يَوْمٍ كَيْلًا مِنَ الدَّقِيقِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا وَجَبَ لَهَا الْوَسْطُ مِنَ الطَّعَامِ وَالْكُسُوةِ إِذَا لَمْ يُوصَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ إِذَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ مُطْلَقًا وَجَبَ الْوَسْطُ مِنْهُ، كَالْمَهْرِ، وَالْدِّيَةِ».

وَلَوْ سَمَّى الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدْرَهُ جَارَ أَيضًا لِمَا قُلْنَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ. وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ وَفِي الْكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْأَجَلِ أَيضًا مَعَ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا صَارَ مَبِيعًا عِنْدَ الْأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

غاية البيان

قوله: (لِمَا قُلْنَا)، إشارة إلى قوله: (لَا جَهَالَةَ فِيهِ).

قوله: (لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ)، أي: أوصاف الطعام، وأنتَ الضمير الراجع إليه على تأويل الحِنْطَةِ، وقد مرَّ بيان كونه ثمنًا.

قوله: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ)، أي: في باب السَّلَمِ.

قوله: (وَفِي الْكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْأَجَلِ أَيضًا مَعَ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ)، مثل أَنْ يُشْتَرَطَ: ثلاثة أثواب زُطِّيَّة، أو صنفًا آخر إلى أجلٍ معلوم.

ثُمَّ الظُّرُّ إِذَا اسْتُؤْجِرَتْ لِلرِّضَاعِ [٣٢٥/٦ ط/م]، هل هي أَجِيرٌ وَحْدًا، أو أَجِيرٌ مُشْتَرِكٌ؟ تَكَلَّمَ الْمَشَايخُ فِيهَا.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأُسَيْنِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» الذي هُوَ «مبسوطه»: «والمسائل متعارضة في هذا الباب، بعضها يَدُلُّ على أَنَّهَا فِي مَعْنَى أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَبَعْضُهَا يَدُلُّ على أَنَّهَا فِي مَعْنَى الْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ الْوَلَدَ إِلَيْهَا لَتَرْضِعَهُ؛ فَهِيَ أَجِيرٌ مُشْتَرِكٌ، وَإِنْ حَمَلَهَا إِلَى مَنْزِلِهِ؛ فَهِيَ أَجِيرٌ وَحْدًا.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مختصره»: «والظُّرُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُؤْجَرَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ الْأَوَّلِينَ»^(١).

(١) هذا النقل قد نقله الشلبي في حاشيته على «تبيين الحقائق» [١٢٩/٥] وقال: «قال الكرخي في

وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا ؛ لِأَنَّ الْوِطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتِمَّ كُنْ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ ؛ صِيَانَةُ لِحَقِّهِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ مِنْ غَشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ حَقُّهُ .

غاية البيان

قوله: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا) ، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ **رحمته** في «مختصره»^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ **رحمته** في «شرح الكافي»: «وإن كان الزوج رَضِيَ بِالْإِجَارَةِ ، فَأَرَادُوا مَنَعَهُ مِنْ غَشْيَانِهَا مَخَافَةَ الْحَبْلِ لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا ضَرَرٌ مُوْهُومٌ ، وَالْمَنْعُ مِنَ الْوِطْءِ ضَرَرٌ مُتَحَقِّقٌ ، وَتَحْمُلُ الضَّرَرِ النَاجِزِ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُوْهُومٍ: أَمْرٌ لَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ ، وَلَكِنْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنَ الدَّخُولِ عَلَيْهِمْ فِي مَنْزِلِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الدَّخُولِ ، فَإِنْ لَقِيَها فِي مَنْزِلِهِ ؛ فَلَهُ أَنْ يَغْشَاهَا لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلَا يَسَعُ الظُّرُّ أَنْ تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا ، وَلَا يَسَعُ أَهْلُ الصَّبِيِّ أَنْ يَمْنَعُوهَا مِنْ ذَلِكَ» .

قوله: (أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ ؛ صِيَانَةُ لِحَقِّهِ) .

قَالَ فِي «مختصر الكرخي» **رحمته**: «وَالزَّوْجُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنَ الرَّضَاعِ إِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَمَ الْإِجَارَةَ»^(٢).

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مختصر الكرخي»: «فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: هَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَشِيئُهُ أَنْ تُرَضِعَ زَوْجَتُهُ فَلَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهَا تُلْحِقُ بِهِ ضَرَرًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَشِيئُهُ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعٍ بُضِعَها ، وَلَمْ يَعْقِدْ عَلَى مَنَافِعٍ تُذِيها .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: لَهُ الْفَسْخُ فِي الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتِ الصَّبِيَّ فِي

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٤] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدُورِيِّ [ق/٨٠] .

فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبْنِهَا ؛
لِأَنَّ لَبْنَ الْحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ الْفُسْخُ إِذَا مَرَضَتْ أَيْضًا .

غاية البيان

بَيْتِهِمْ ، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ فِي بَيْتِهَا فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ
إِدْخَالِ الصَّبِيِّ إِلَى بَيْتِهِ^(١) . كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «شَرْحِهِ» .

قَوْلُهُ : (فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ
لَبْنِهَا) ، وَهَذَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» .

قَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَلَيْسَ لِلظُّئْرِ وَلَا لِلْمُسْتَرْضِعِ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ
إِلَّا مِنْ عُذْرٍ :

وَالْعُذْرُ لِأَهْلِ الصَّبِيِّ [٥٠٧/٢] : أَلَّا يَأْخُذَ الصَّبِيُّ مِنْ لَبْنِهَا ، أَوْ [٣٢٦/٦] يَكُونُ
يَقِيءٌ مِنْ لَبْنِهَا ، أَوْ تَحْبُلُ ، فَيَخَافُونَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ تَكُونُ سَارِقَةً ،
فَيَخَافُونَ عَلَى مَتَاعِهِمْ ، أَوْ تَكُونُ فَاجِرَةً بَيْنَةَ الْفَجُورِ ، فَيَخَافُونَ عَلَى صَبِيَّتِهِمْ ، فَهَذَا
عُذْرٌ ، أَوْ يُرِيدُونَ سَفَرًا بِصَبِيَّتِهِمْ ، فَتَأْبَى أَنْ تَخْرَجَ مَعَهُمْ ، فَهَذَا عُذْرٌ .

وَالْعُذْرُ لِلظُّئْرِ : مَرَضٌ يَصِيبُهَا لَا تَسْتَطِيعُ مَعَهُ الرِّضَاعَ ، فَهَذَا عُذْرٌ ، وَلَهُمْ أَيْضًا
أَنْ يُخْرِجُوهَا إِذَا مَرَضَتْ^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ
لَا يَجُوزُ فَسْخُهَا إِلَّا بِعَيْبٍ أَوْ عُذْرٍ ، وَالْعُذْرُ مَا ذَكَرَهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ إِذَا لَمْ يَأْخُذْ
مِنْ لَبْنِهَا لَا تَسْلَمُ الْمَنْفَعَةُ الْمَقْصُودَةُ ، وَكَذَا إِذَا تَقَيَّأَ حَيْثُ يَسْتَضِرُّ بِهِ ، وَكَذَا حَبْلُهَا
عُذْرٌ ؛ لِأَنَّ لَبْنَ الْحَامِلِ يُضِرُّ بِالصَّبِيِّ ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ سَارِقَةً ؛ لِأَنَّهُمْ يَخَافُونَ عَلَى
مَتَاعِهِمْ ، وَيَسْتَضِرُّونَ بِالْبَقَاءِ عَلَى الْعَهْدِ ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ فَاجِرَةً بَيْنَةَ الْفَجُورِ ؛ لِأَنَّهَا
تَتَسَاغَلُ بِالْفَجُورِ عَنْ حِفْظِ الصَّبِيِّ .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٨٠/ق] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٨٠/ق] .

وعليها أن تَصْلَحَ طعام الصبي؛ لأنَّ العملَ عليها. وَالْحَاصِلُ [١٨٨/ط] أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَمِمَّا لَا نَصَّ عَلَيْهِ الْعُرْفُ فِي مِثْلِ هَذَا الْبَابِ، فَمَا جَرَى بِهِ الْعُرْفُ مِنْ

غَايَةِ الْبَيَانِ

وكذا إذا أُبْتُ أَنْ تَخْرَجَ معهم إِلَى السَّفَرِ؛ لِأَنَّ فِي إلْزَامِهِمْ تَرْكُ السَّفَرِ إِضْرَارًا بِهِمْ، وكذا إذا مَرَضَتْ؛ لِأَنَّ لَبْنَ الْمَرِيضَةِ يُضِرُّ بِالْوَلَدِ، وَهِيَ تَسْتَضِرُّ أَيْضًا بِالْأَرْضِياعِ، فَكَانَ لَهَا وَلَهُمْ أَنْ يَفْسَحُوا الْإِجَارَةَ، وكذا إِنْ لَمْ يَكُنْ رَضِيَ زَوْجُهَا بِالْإِجَارَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وهذا إِذَا كَانَتْ تُرَضِّعُ فِي بَيْتِهِمْ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لِلزَّوْجِ، وَهَذَا يُفَوِّتُ حَقَّ الْحَبْسِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ تُرَضِّعُ فِي بَيْتِهَا؛ فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُقْعِدُهَا عَنْ خِدْمَةِ الزَّوْجِ، فَحِينَئِذٍ يَمْلِكُ مَنَعُهَا، وَإِنْ أَسَاءُوا أَخْلَاقَهُمْ [معها] ^(١) وَأَذَوْهَا بِالسَّنَنِ كَفُّوا عَنْهَا؛ لِأَنَّ الْإِيذَاءَ حَرَامٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُفُّوا عَنْهَا كَانَ لَهَا أَنْ تَخْرَجَ؛ لِأَنَّ الصَّبْرَ عَلَى الْأَذَى أَمْرٌ صَعْبٌ، فَلَوْ كَلَّفْنَاهَا ذَلِكَ أَضَرَّرْنَا بِهَا».

قَوْلُهُ: (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلَحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره» ^(٢).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مختصره»: «والَّذِي يَجِبُ عَلَيْهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ: الرِّضَاعُ، وَالْقِيَامُ بِأَمْرِ الصَّبِيِّ فِيمَا يُصْلِحُهُ مِنْ رِضَاعٍ، وَغَسْلِ ثِيَابِهِ، وَمَا يُعَالِجُ بِهِ الصَّبِيَّانَ مِنَ الرَّيْحَانِ وَالذَّهْنِ: فَهُوَ عَلَى الظُّرِّ لَيْسَ عَلَى أَهْلِ الصَّبِيِّ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ، فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ يَأْكُلُ الطَّعَامَ؛ فَلَيْسَ عَلَى الظُّرِّ أَنْ تَشْتَرِيَ لَهُ الطَّعَامَ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى أَهْلِهِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تُهَيِّئَهُ [له] ^(٣)» ^(٤). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله، وَذَلِكَ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ج»، وَ«غ»، وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «غ».

(٤) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٩].

غَسَلَ ثِيَابَ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحَ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى الظُّنِّ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَى
وَالِدِ الْوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ: أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظُّنِّ؛ فَذَلِكَ مِنْ عَادَةِ
أَهْلِ الْكُوفَةِ.

غاية البيان

[٢٠٣٢٦ ط/م] لَأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا هُوَ الرِّضَاعُ وَالْقِيَامُ بِأَمْرِ الصَّبِيِّ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ
بِارْضَاعِهِ، وَطَبْخِ طَعَامِهِ، وَغَسْلِ ثِيَابِهِ، فَكَانَ ذَلِكَ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا جَعَلَ الدُّهْنَ
وَالرَّيْحَانَ عَلَيْهَا: لِأَجْلِ أَنْ عُرِفَهُمْ كَانَهُ كَذَلِكَ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي بَلَدٍ كَذَلِكَ يُجْرَى
عَلَى ذَلِكَ؛ لَأَنَّ أَصْحَابَنَا عليه السلام قَالُوا فِي تَوَابِعِ الْعُقُودِ الَّتِي لَيْسَتْ بِمَشْرُوطَةٍ: إِنَّ
الْمَرْجِعَ فِيهَا إِلَى عَادَةِ كُلِّ بَلَدٍ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْبِسُوا الظُّنَّ فِي مَنْزِلِهِمْ إِذَا
لَمْ يَشْتَرِطُوا ذَلِكَ عَلَيْهَا، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَهُ إِلَى مَنْزِلِهَا، وَهِيَ مَأْمُونَةٌ عَلَيْهِ، وَفِيمَا عَلَيْهِ
مِنْ حُلِيِّ، أَوْ كَسَوَةٍ، إِذَا سُرِقَ مِنْهُ شَيْءٌ لَمْ تَضْمَنْهُ»^(١).

قَوْلُهُ: (وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ: أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظُّنِّ؛ فَذَلِكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ
الْكُوفَةِ)، أَي: الَّذِي ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي «الْأَصْلِ»^(٢)، بِنَاءً عَلَى عُرْفِ أَهْلِ الْكُوفَةِ،
وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي تَوَابِعِ الْعُقُودِ يَرْجِعُ إِلَى الْعَادَةِ، وَلِهَذَا قَالُوا فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ لَبَانًا،
فَالزَّيْبِلُ^(٣) وَالْمِلْبِنُ^(٤) عَلَى صَاحِبِ اللَّبَنِ لِلْعُرْفِ، وَإِنْ كَانَ الْعُرْفُ فِي بَلَدٍ عَلَى
خِلَافِهِ يُؤْخَذُ بِهِ.

وَقَالُوا فِي الْخِيَّاطِ: الْخِيطُ عَلَيْهِ، وَحَتَّى التُّرَابِ عَلَى الْقَبْرِ عَلَى الْحَافِرِ إِنْ كَانَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠].

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٥٨/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) الزَّيْبِلُ والزَّيْبِيلُ بمعنى واحد، وهو القُفَّةُ الكبيرة أو الوعاء يُحْمَلُ فِيهِ. والجمع: زَبَائِلُ. وقد تقدم
التعريف بذلك.

(٤) الْمِلْبِنُ: أداة اللَّبَنِ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [٢٤١/٢].

وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ؛ فَلَا أَجْرَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الْإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيْجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ

غايه البيان

في بلد يتعاملون به.

وَقَالُوا فِي الطَّبَاحِ [٥٠٧/٢] إِذَا اسْتُؤْجِرَ فِي عُرْسٍ: إِخْرَاجُ الْمَرْقِ عَلَيْهِ، فَإِنْ طَبَخَ قَدْرًا خَاصَّةً فَلَيْسَ عَلَيْهِ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْعَادَةِ.

وَادْخَالُ الْحَمَلِ الْمَنْزَلَ فِيمَا إِذَا تَكَارَى الدَّابَّةُ؛ فَعَلَى مَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ، فَأَمَّا الصُّعُودُ بِهِ عَلَى السُّطْحِ، أَوِ الْغُرْفَةِ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا شُرِطَ، وَلَوْ كَانَ حَمَلًا عَلَى ظَهْرِهِ فَيَجِبُ الْإِدْخَالُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الصُّعُودُ بِهِ لِلْعُرْفِ.

وَقَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَلَا يَسَعُ الظُّرُّ أَنْ تُطْعَمَ أَحَدًا مِنْ طَعَامِهِمْ»^(١) بغير أمرهم؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لَهَا حَقُّ الْأَكْلِ دُونَ الْإِطْعَامِ، فَإِنْ زَارَهَا أَحَدٌ مِنْ وَلَدِهَا فَلَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوهُ مِنَ الْكَيْنُونَةِ عِنْدَهَا، وَلَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوهَا مِنَ الزِّيَارَةِ إِذَا كَانَتْ تُضِرُّ بِالصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهَا تُخِلُّ بِإِيْفَاءِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ، وَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ لَا يُضِرُّ بِالصَّبِيِّ، فَلَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهَا؛ لِأَنَّ صَلَاةَ الْأَقَارِبِ وَاجِبَةٌ، فَلَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بِهَا.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ؛ فَلَا أَجْرَ لَهَا)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(٢)، وَهَذَا هُوَ الْمَوْضِعُ الْمَحَالُّ عَلَيْهِ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَسَنَبِّئُ الْعُذْرَ عَنِ الْارْتِضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى مَنْفَعَةٍ بِصِفَةٍ، فَإِذَا عُدِمَتِ الصِّفَةُ؛ صَارَتْ مَنْفَعَتُهَا مُسْتَوْفَاةً بِغَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شُبْهَةٍ، فَلَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغِيَّيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَلَوْ اسْتَأْجَرَ ظُفْرًا تُرْضِعُ صَبِيًّا فِي بَيْتِهَا، فَجَعَلْتُ تُؤْجِرُهُ»^(٣) بِلَبَنِ الْغَنَمِ، وَتَغْذُوهُ بِكُلِّ مَا

(١) أي: من طعام أهل الصبي. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٣) يقال: أَوْجَرَ الْعَلِيلَ؛ أَي: صَبَّ الْوَجُورَ فِي حَلْقِهِ. وَالْوَجُورُ: هُوَ الدَّوَاءُ الَّذِي يُصَبُّ فِي وَسْطِ الْفَمِ =

الْأَجْرُ لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ .

قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلِهِ. كَذَا إِذَا

غاية البيان

يُضْلِحُهُ حَتَّى اسْتَكْمَلَ [٢٧/٦] الْحَوْلَيْنِ وَلَهَا لَبَنٌ، لَمْ تُرْضِعْهُ مِنْهُ بِشَيْءٍ، أَوْ لَيْسَ لَهَا لَبَنٌ؛ فَلَا أَجْرَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُرْضِعْهُ، أَشَارَ إِلَى أَنَّ الْإِرْضَاعَ مَا يَقَعُ بِلَبَنِ الْآدَمِيِّ، وَمَا وَرَاءَهُ يَكُونُ إِطْعَامًا، وَلَا يَكُونُ إِرْضَاعًا، فَلَمْ تَأْتِ بِالمُسْتَحَقِّ عَلَيْهَا، فَلَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، فَإِنْ جَحَدَتْ ذَلِكَ، وَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا [مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الصَّبِيَّ لَا يَبْقَى إِلَّا إِذَا أُرْضِعَ بِلَبَنِ الْآدَمِيِّ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا] ^(١) إِلَّا أَنْ تَقُومَ ^(٢) الْبَيِّنَةُ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ فَيُؤْخَذُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى.

وإِنْ أَقَامَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةُ أَخَذَتْ بِبَيِّنَتِهَا؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرِ عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَتْ لَهُ ظَنًّا، فَإِنْ أَرْضَعْتَهُ كَانَ مِثْلَ هَذَا فِي الْقِيَاسِ، وَلَكِنِّي أَسْتَحْسِنُ أَنْ يَكُونَ لَهَا الْأَجْرُ.

وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِرْضَاعُهَا، وَقَدْ فُقِدَ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا فِعْلُ الْإِرْضَاعِ، فَإِذَا أَتَتْ بِهِ بِنَفْسِهَا، أَوْ بِنَائِبَتِهَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، كَمَا فِي الْخِيَاطَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَتَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ؛ لِأَنَّهَا أَخَذَتْ زِيَادَةً لَا عَلَى عَمَلٍ مِنْهَا.

قَوْلُهُ: (لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ)، أَي: لِأَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ، وَهُوَ بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ: (لِهَذَا الْمَعْنَى).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلِهِ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

= وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «ليقيم». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيرٍ مِنْهُ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَى قَفِيرِ الطَّحَّانِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ ،

هَایة البیان

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوب عن أبي حنيفة ﷺ في رجلٍ دفع غَزْلًا إني حائكٌ يحوِّكُه ثوبًا على النصفِ، قال: هذا باطلٌ، وله أجرٌ مثله، والثوب لصاحب الغَزْلِ»^(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وكذلك إذا استأجر حِمَارًا، أو رجلًا يحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيرٍ مِنْهُ محمولًا، وكذا لو استأجر طَحَّانًا يطْحَنُ طَعَامًا بِقَفِيرٍ دَقِيقٍ مِنْهُ ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَيَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ.

قال الفقيه أبو الليث ﷺ [٥٠٨/٢]: هذا الذي ذكره محمدٌ ﷺ قولُ علمائنا المتقدمينَ، وكان مشايخُ بلخٍ يُجيزونَ ذلكَ، مثلُ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى، ومحمدِ بنِ سلمة.

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا، وَأَمَرَهُ بِأَنْ يَنْسِجَ لَهُ ثَوْبًا، وَبَيَّنَّ صِفَتَهُ عَلَى أَنَّ رُبْعَهُ أَوْ ثَلَاثَهُ لِلْحَائِكِ أَجْرًا لِعَمَلِهِ ؛ لَمْ يَجْزُ، وَكَانَ الْقَاضِي الْإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسْفِيُّ ﷺ يُفْتِي بِجَوَازِهِ بِنَسْفِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ. قَالَ: وَالْفَتْوَى عَلَى جَوَابِ الْكِتَابِ»^(٢). إلى هنا لفظُ «الخلاصة».

وقال في كتاب الحَرْثِ^(٣) مِنْ «صحيح البخاري»: قَالَ إِبْرَاهِيمُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَعَطَاءٌ، وَالْحَكَمُ، وَالزُّهْرِيُّ، وَقَتَادَةُ: «لَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَ الثَّوْبَ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ وَنَحْوِهِ»^(٤).

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٩، ٤٤٠].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٢٦].

(٣) لعل المؤلف يقصد كتاب المزارعة، فليس في البخاري - فيما بين أيدينا الآن - كتاب بهذا الوسم، والمزارعة والحَرْث بمعنى.

(٤) علَّقه: البخاري في كتاب المزارعة/ باب المزارعة بالشرط ونحوه [رقم/٨١٩]، عن هؤلاء السادة، =

وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَان ﴾

أَمَّا فسادُ الإجارةِ في هذه المسائلِ فلو جهَّينِ :

أحدهما : أَنَّهُ جَعَلَ الْأَجْرَ [٣٢٧/٦ م/ظ] شَيْئًا مَعْدُومًا ، وَهُوَ بَعْضُ الثَّوْبِ ، وَبَعْضُ الطَّعَامِ الْمَحْمُولِ ، وَالْأَجْرُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا ، فَكَانَ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ ^(١) .

وصورته : أَنْ يَذْفَعَ حِنْطَةً إِلَى طَحَّانٍ يَطْحَنُهَا بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِ هَذِهِ الْحِنْطَةِ ، وَقَدْ رَوَيْنَا فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْإِجَارَةِ عَنْ كِتَابِ «الْآثَارِ» : مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ رَافِعٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : أَنَّهُ مَرَّ بِحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ ، فَقَالَ : «لِمَنْ هَذَا ؟» . فَقَالَ : لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ اسْتَأْجَرْتُهُ ، قَالَ : «لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ» ^(٢) .

والثاني : أَنَّ الْعَمَلَ بِحُكْمِ هَذِهِ الْإِجَارَةِ إِنْ صَادَفَتْ مُحَلًّا غَيْرَ مُشْتَرِكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الْإِبْتِدَاءِ ، فِي انْتِهَاءِ صَادَفَتْ مُحَلًّا [مُشْتَرَكًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَمَلَ صَارَ شَرِيكًا ، وَلَوْ وَقَعَ الْعَمَلُ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً فِي مُحَلٍّ مُشْتَرَكٍ ، كَمَا لَوْ اسْتَوْجَرَ لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ ، أَوْ لَطْحَنِ حِنْطَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الطَّحَّانِ ؛ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ أَصْلًا حَتَّى لَا يَجِبَ الْأَجْرُ ، فَإِذَا صَادَفَ] ^(٣) مُحَلًّا غَيْرَ مُشْتَرَكٍ ابْتِدَاءً ، وَمُشْتَرَكًا انْتِهَاءً ؛ لَا يَمْتَنِعُ الْانْعِقَادُ ، وَيَمْتَنِعُ وَصْفُ الصَّحَّةِ .

= وَقَدْ ذَكَرَ الْحَافِظُ فِي «الْفَتْحِ» : مَنْ وَصَلَ هَذِهِ الْمَعْلَقَاتِ عَنْهُمْ . يَنْظُرُ : «فَتْحُ الْبَارِي» لِابْنِ حَجَرٍ [١٢/٥ - ١٣] .

(١) يُشِيرُ إِلَى حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ قَالَ : «لَهُوَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَرَسِ ، وَقَفِيزِ الطَّحَّانِ» . أَخْرَجَهُ أَبُو يَعْلَى فِي «مُسْنَدِهِ» [٣٠١/٢] ، وَالدَّارِقُطْنِيُّ فِي «سُنَنِهِ» [٤٧/٣] ، وَمِنْ طَرِيقِهِ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» [٣٣٩/٥] ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ ﷺ بِهِ . قَالَ ابْنُ حَجَرٍ : «فِي إِسْنَادِهِ ضَعْفٌ» . يَنْظُرُ : «الْبَدْرِ الْمُنِيرُ» لِابْنِ الْمُلَقِّنِ [٣٩/٧] ، وَ«الدَّارِيَّةُ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ الْهَدَايَةِ» لِابْنِ حَجَرٍ [١٩٠/٢] .

(٢) مَضَى تَخْرِيجَهُ .

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

غاية البيان

ثُمَّ إِذَا فَسَدَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى جَوَابِ الْكِتَابِ ؛ كَانَ لِلْعَامِلِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِعَمَلِهِ مَجَانًّا ، فَإِذَا سَلِمَ عَمَلُهُ وَلَمْ يَسَلِّمْ لَهُ الْمُسَمَّى ؛ كَانَ لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ، لَكِنْ لَا يُجَاوِزُ بِهِ قِيَمَةَ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ رَضِيَ بِذَلِكَ الْقَدْرِ ، فَلَا يَسْتَوْجِبُ الزِّيَادَةَ ، وَفِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ لَا يُزَادُ عَلَى قِيَمَةِ الْمُسَمَّى إِلَّا إِذَا كَانَ الْفَسَادُ لَجَهَالَةِ الْمُسَمَّى ، بَأَن سَمِيَ الْأَجْرَ دَابَّةً أَوْ ثَوْبًا ، فَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَكَذَا إِنْ فَسَدَتِ الْإِجَارَةُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ مَرْغُوبٍ مِنْ جِهَةِ الْأَجِيرِ ، كَمَا لَوْ آجَرَ دَارَهُ كُلَّ شَهْرٍ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ عَلَى أَنْ يَعْمُرَهَا ، وَيُؤَدِّي نَوَائِبَهَا ؛ فَسَدَتِ الْإِجَارَةُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْمُرَهَا الْمُسْتَأْجِرُ ، وَلَمْ يُؤَدِّ نَوَائِبَهَا ؛ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ ، وَلَا يَنْقُصُ عَنِ الْمُسَمَّى .

وَكَذَا لَوْ قَالَ : آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِعَشْرَةٍ عَلَى أَلَّا تَسْكُنَهَا ؛ فَسَدَتْ هَذِهِ الْإِجَارَةُ ، فَإِنْ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ ، يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى ، وَلَا يَنْقُصُ عَنْهُ ، وَهَذَا أَيْضًا يَرْجِعُ إِلَى جَهَالَةِ الْمُسَمَّى فِي الْحَقِيقَةِ . كَذَا قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله ^(١) ، وَإِنَّمَا كَانَ الثَّوْبُ لِصَاحِبِ الْغَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ الْأَصْلِ .

وَأَمَّا مَشَايِخُ بَلْخ : فَإِنَّمَا جَوَّزُوا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ تَعَامَلُوا بِذَلِكَ حَيْثُ احْتَاجُوا إِلَيْهِ ، وَوَجَدُوا لَهُ نَظِيرًا ، وَهُوَ الْمُزَارَعَةُ وَالْمَعَامَلَةُ .

قَالَ فِي مُزَارَعَةِ «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» : «وَفَرَّقَ الْحَاكِمُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ^(٢) فِي

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٠] .

(٢) هو عبد الرحمن بن محمد بن حسكا ، أبو سعيد القُرِّي . مِنْ قُرَى : محلة بنيسابور . لَمْ يَكُنْ فِي أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ أَسَدَ مِنْهُ . وَكَانَتْ لَهُ رَحْلَةٌ إِلَى الْعِرَاقِ . وَمِنْ تَصَانِيفِهِ : «الجامع الصغير» ، (توفي سنة : ٣٧٤هـ) . ينظر : «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٣٠٤] ، و«تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغَا [ص/١٨٤] .

وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الْإِجَارَاتِ ، لَا سِيَّامَا فِي دَارِنَا ^(١) ،
وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ الْمَنْسُوجِ
وَالْمَحْمُولِ ، وَحُصُولُهُ بِفِعْلِ الْأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ قَادِرًا بِفِعْلِ غَيْرِهِ ،

غاية البيان

[٣٢٨/و] «الجامع الصغير»: بين هذا، وبين قَفِيزِ الطَّحَّانِ، فقال: قَفِيزُ الطَّحَّانِ
منصوصٌ عليه، فَلَا يُمَكِّنُ تغييره بالتعامل، أمَّا هذا فليس بمنصوصٍ عليه، فَيُعْتَبَرُ
فيه التعامل، قالوا: والحيلةُ في جواز قَفِيزِ الطَّحَّانِ: أَنْ يَشْتَرِطَ صَاحِبُ الْحِنْطَةِ
قَفِيزًا مِنَ الدَّقِيقِ الْجَدِيدِ، وَلَا يَقُولُ: مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ؛ لِأَنَّ الدَّقِيقَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَظَافًا
إِلَى حِنْطَةٍ بَعَيْنِهَا؛ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، ثُمَّ إِذَا طَحَنَ يُعْطِيهِ الدَّقِيقَ مِنْ دَقِيقِ هَذِهِ الْحِنْطَةِ
إِنْ شَاءَ، فَيَجُوزُ ^(٢).

قوله: (وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الْإِجَارَاتِ)، أي: جعلُ
الأجرِ بعضَ ما يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِ الْأَجِيرِ أَصْلٌ عَظِيمٌ يُعْرَفُ بِهِ حُكْمُ كَثِيرٍ ^(٣) مِنَ
الْإِجَارَاتِ، كما إِذَا اسْتَأْجَرَهُ أَنْ يَعْصِرَ لَهُ قَفِيزَ سَمْسِمٍ بِمَنْ مِنْ دُهْنِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا
دَفَعَ أَرْضَهُ لِيَغْرِسَ شَجَرًا عَلَى أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ؛ لَمْ يَجُزْ،
وَالشَّجَرُ لِرَبِّ الْأَرْضِ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الشَّجَرِ، وَأَجْرُ مَا عَمِلَ. كذا في «الشامل».

[٥٠٨/٢] وكذا لو اسْتَأْجَرَهُ لِيَغْزَلَ هَذَا الْقُطْنَ، أَوْ هَذَا الصُّوفَ بِرُطْلٍ مِنْ
غَزْلِهِ، وَعَلَى هَذَا اجْتِنَاءُ الْقُطْنِ بِالنَّصْفِ، وَدِيَّاسُ الدُّخَنِ ^(٤) بِالنَّصْفِ، وَحَصَادُ
الْحِنْطَةِ بِالنَّصْفِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، كُلُّهُ لَا يَجُوزُ.

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: فِي دِيَارِنَا».

(٢) يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» لِلصَّادِرِ الشَّهِيدِ [٣٢٢/ق].

(٣) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «كَبِيرٌ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «وَج»، «وَفَغ»، «وَس».

(٤) الدُّخْنُ - بَضَمُ الدَّالِ -: هُوَ الْجَاوِزُ، وَهُوَ حَبٌّ يُشَبِّهُ الذَّرَّةَ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنْهَا، وَأَصْلُهُ كَالْقَصَبِ
أَقْصَرَ سَاقًا مِنَ الذَّرَّةِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ؛ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ مَلَكَ الْأَجْرَ فِي الْحَالِ بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ حَامِلًا طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا.

وَمِنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَحْمِلُ طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا؛ لِأَنَّهُ لِمَا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ فَالْوَاجِبُ الْأَقْلُ مَا سُمِّيَ وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحِطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْإِحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالْغَا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصَحَّ الْحِطُّ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ؛ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ)، أَي: هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ فُسَادِ الْإِجَارَةِ فِيمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ، بِخِلَافِ تِلْكَ الصُّورَةِ، فَإِنَّ ثَمَّةَ الْإِجَارَةِ بَاطِلَةٌ حَتَّى لَمْ يَجِبِ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْأَجْرَ فِي الْحَالِ بِالتَّعْجِيلِ، فَيَكُونُ حَامِلًا طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، وَحَامِلُ الطَّعَامِ الْمَشْتَرِكِ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْعَمَلِ، فَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رحمته الله، وَسَيَجِيءُ بَيَانُ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ).

قَوْلُهُ: (وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا)، يَتَّصِلُ بِقَوْلِهِ: (وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَامِلَ رَضِيَ بِذَلِكَ الْقَدْرِ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْإِحْتِطَابِ)، يَعْنِي: ثَمَّةَ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالْغَا مَا بَلَغَ عَلَى مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ رحمته الله، وَهَذَا لَا يُجَاوِزُ الْمُسَمَّى بِهِ، وَهُوَ الْقَفِيزُ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَقْدِيرَهُ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْمَجْمُوعِ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ جِهَالَةً فَاحِشَةً، فَلَا مَعْنَى لِلْحِطِّ إِذَنْ.

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَخْبِزُ لَهُ هَذِهِ الْمَخَاتِيمَ الْعَشْرَةَ الْيَوْمَ بِدَرَاهِمٍ؛ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الْإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلًا وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصَحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ. وَلَهُ أَنْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْوَقْتِ يُوجِبُ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ ثَمَنِ الْمَجْمُوعِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا لِلْحَالِ، وَلَكِنْ بَعَرَضٍ أَنْ يَصِيرَ مَعْلُومًا [٦/٣٢٨ ظ/م] عِنْدَ الْجَمْعِ، فَيُقَدَّرُ بِهِ، وَقَدْ مَرَّ فِي «كِتَابِ الشَّرِكَةِ».

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله فِي شَرِيكِي الْإِحْتِطَابِ: إِذَا احْتَطَبَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الْآخَرُ؛ كَانَ لِلْمُعَيَّنِ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَا يَجَاوِزُ بِهِ قَدْرَ مَا شُرِطَ لَهُ مِنَ الْحَطْبِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْغَا مَا بَلَغَ، وَهُوَ الْقِيَاسُ». إِلَى هُنَا لَفْظُ كِتَابِ «التَّقْرِيبِ».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَخْبِزُ لَهُ هَذِهِ الْمَخَاتِيمَ الْعَشْرَةَ الْيَوْمَ بِدَرَاهِمٍ؛ فَهُوَ فَاسِدٌ)، [أَي] ^(١): قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ الْعَشْرَةَ مَخَاتِيمَ هَذَا الْيَوْمَ كُلَّهُ بِدَرَاهِمٍ، قَالَ: هَذَا فَاسِدٌ» ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ [أَصْل] ^(٣) «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ فِيهِ كَمَا تَرَى.

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَذَكَرَ فِي «كِتَابِ الْإِجَارَاتِ»: أَنَّ عَلَى قَوْلِهِمَا: الْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ.

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ج»، وَ«غ»، وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٤٠].

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ج»، وَ«غ»، وَ«س».

كَوْنَ الْمَنْفَعَةِ [و/١١٩] مَعْقُودًا عَلَيْهَا وَذِكْرُ الْعَمَلِ يُوجِبُ كَوْنُهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحَ، وَنَفْعُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي وَنَفْعُ الْأَجِيرِ فِي الْأَوَّلِ فَيَقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِجَارَةُ إِذَا قَالَ: فِي الْيَوْمِ، وَقَدْ سُمِّيَ عَمَلًا؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ الْيَوْمِ.

غاية البيان

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: «وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ رَجُلًا يَعْمَلُ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا الْيَوْمَ إِلَى اللَّيْلِ بِدَرَاهِمَ: خِيَاطَةً، أَوْ صِبَاغَةً^(١)، أَوْ خُبْرًا، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ؛ فَلَا إِجَارَةَ فَاسِدَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما الله: نُجِيزُهَا اسْتِحْسَانًا، وَنَجْعَلُ الْإِجَارَةَ عَلَى الْعَمَلِ دُونَ الْيَوْمِ، فَإِنْ فَرَّغَ مِنْهُ فِي أَثْنَاءِ الْيَوْمِ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْهُ فِي الْيَوْمِ؛ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَهُ فِي الْغَدِ^(٢)».

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ قَصْدَ الْمُسْتَأْجِرِ بِالْإِجَارَةِ إِقَامَةُ الْعَمَلِ، فَكَانَ ذِكْرُ الْيَوْمِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصَحِيحًا لِلْعَقْدِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، فَكَانَ كَأَنَّهُ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ هَذَا الْعَمَلَ، وَاعْمَلْ فِي هَذَا الْيَوْمِ وَلَا تُؤَخِّرْهُ، وَلَوْ قَالَ هَكَذَا؛ كَانَتْ الْإِجَارَةُ جَائِزَةً، فَكَذَا هَذَا، فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنَّ خِطَّتَهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دَرَاهِمٌ، وَكَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِرَغِي أَعْنَامِهِ شَهْرًا.

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ يَصْلُحُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَكُونَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْعَمَلِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ نَفْسَ الْعَمَلِ، وَذِكْرُ الْمُدَّةِ يَدُلُّ عَلَى [أَنَّ] ^(٣) الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ، وَلَا دَلِيلَ عَلَى تَرْجِيحِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَحُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُخْتَلَفٌ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلُ: يَصِيرُ أَجِيرَ مُشْتَرِكٍ، فَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بِالْعَمَلِ.

(١) وقع بالأصل: «صباغة». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «و» «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٥١].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «لج»، «و» «غ»، «س».

وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ .

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا؛

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

وَإِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْمَنْفَعَةُ [٥٠٩/٢] يَصِيرُ أَجِيرٌ وَخِدٍ، فَيَجِبُ الْأَجْرُ بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ فِي الْمَدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى الْمَجْهُولِ، وَالْإِجَارَةُ عَلَى الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ هَذَا الْعَمَلُ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَفْرَغَ مِنْهُ الْيَوْمَ؛ لِأَنَّ التَّعَارُضَ [٣٢٩/٦] لَمْ يَقَعْ فِي قَضِيَةِ الْعَقْدِ، فَحُمِلَ الشَّرْطُ عَلَى الْاسْتِعْجَالِ.

قَالَ فِي «الْمَخْتَلَفِ»^(١) وَ«الْحَضَرِ»: «وكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى بَغْدَادَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَهُوَ عَلَى هَذَا اخْتِلَافٍ».

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «وَذَكَرَ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله: أَنَّهُ قَالَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: إِذَا قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِهَذَا الْعَمَلِ هَذَا الْيَوْمَ؛ فَإِلَّا جَارَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: فِي هَذَا الْيَوْمِ؛ فَإِلَّا جَارَةً جَائِزَةً، قَالَ: وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: «هَذَا الْيَوْمَ»، جَعَلَ الْيَوْمَ مَدَّةَ الْإِجَارَةِ، وَإِذَا قَالَ: «فِي هَذَا الْيَوْمِ»، لَمْ يَجْعَلِ الْيَوْمَ مَدَّةً، وَلَكِنْ يَجْعَلِ الْيَوْمَ ظَرْفًا لِهَذَا الْعَمَلِ.

وَالْمَخْتَوْمُ: الصَّاعُ بَعَيْنُهُ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُجْعَلُ عَلَى أَعْلَاهُ خَاتَمٌ مَطْبُوعٌ؛ كَيْلًا يُزَادَ وَلَا يُنْقَصَ. كَذَا فِي «الْمَغْرِبِ»^(٢).

قَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ)، أَي: فِي فَضْلِ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ فِي قَوْلِهِ: (أَنْتَ طَالِقٌ فِي غَدٍ، وَقَالَ: نَوَيْتُ آخِرَ النَّهَارِ)، وَقَدْ أَمْضَيْنَا بَيَانَهُ ثَمَّةَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا؛

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٠٢/٣].

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [٢٤٣/١].

فهو جائز؛ لأن الزّراعة مُستَحَقَّةٌ بِالْعَقْدِ، وَلَا تَتَأَنَّى الزّراعةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ
وَالْكِرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ مِنْ مُقْتَضِيَّاتِ
الْعَقْدِ فَذِكْرُهُ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ.

غاية البيان

فهو جائز، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ مِنَ الرَّجُلِ
أَرْضًا بِيضَاءَ عَلَى أَنْ يَكْرُبَهَا، قَالَ: جائزٌ، وإنِ اشترطَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا فَجائزٌ، وإنِ
اشترطَ عَلَى أَنْ يَسْقِيَهَا فَجائزٌ، فإنِ اشترطَ عَلَيْهِ رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ يَتْنِيَهَا^(١)؛ فَلَا جَارَةَ
فَاسِدَةً، وكذلكَ إنِ اشترطَ أَنْ يُكْرِىَ أَنَهَا، فَلَا جَارَةَ فَاسِدَةً، وكذلكَ إنِ اشترطَ
أَنْ يَسْرِقَهَا^(٢)؛ فَلَا جَارَةَ فَاسِدَةً^(٣)». إلى هنا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير».

وَالأَصْلُ هُنَا: أَنَّ مَا كَانَ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ، لَا يَكُونُ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ، وَمَا كَانَ مُخَالَفًا
لِلْعَقْدِ يَكُونُ مُفْسِدًا لَهُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ نَقُولُ: إِنَّمَا تُسْتَأْجَرُ الْأَرْضُ لِمَنْفَعَةِ الْمُسْتَأْجِرِ
خَاصَّةً، فَكُلُّ فِعْلٍ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْتَأْجِرُ خَاصَّةً - كَالْكِرَابِ وَالزّراعةِ، وَالسَّقْيِ - يَكُونُ
مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ.

حتى لو استأجرها على أن يزرعها ويكرُبها، أو على أن يزرعها بغير كِرَابٍ
جَارَ، وكذلك إذا اشترطَ عليه أن يسقيها؛ لأنه لَا يَنْتَفِعُ بِالزّراعةِ إِلَّا بِالْكِرَابِ
وَالسَّقْيِ، وَلَيْسَ فِي السَّقْيِ إِلَّا مَنْفَعَةُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا مَنْفَعَةُ لِرَبِّ الْأَرْضِ سِوَى
الْأَجْرِ، فَلَمَّا كَانَ الشَّرْطُ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ جَارَ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا، وَكُلُّ

(١) مِنَ التَّنْيَةِ، وَهُوَ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ، أَي: يَتْنِي حَزْنَهَا. أَوْ أَنْ يَكْرُبَهَا مَرَّتَيْنِ. يَنْظُرُ: «تَبَيَّنَ الْحَقَائِقُ
شرح كنز الدقائق» لفخر الدين الزيلعي [١٣١/٥].

(٢) يُقَالُ: سَرَقَ الْأَرْضَ، إِذَا سَمَّهَا بِالسَّرْقَيْنِ، هُوَ الزُّبْلُ، وَيُقَالُ لَهُ أَيْضًا: السَّرَجِينِ، بِالْجِيمِ. وَقَدْ
تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

(٣) يَنْظُرُ: «الجامع الصغير» / مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٤٠ - ٤٤١].

فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يُبْنِيَهَا أَوْ يَكْرِئَ أَتْهَارَهَا أَوْ يَسْرِقْنَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ ، وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ . وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الْفُسَادَ ؛ لِأَنَّ مُوَاجِرَ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجَرًا مَنَافِعَ الْأَجِيرِ عَلَى وَجْهِ يَبْقَى بَعْدَ الْمُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفَقَتَانِ فِي صَفَقَةٍ وَهِيَ مَنَهِيٌّ عَنْهُ .

عَايَةِ الْبَيَانِ

فَعَلَّ يَنْتَفِعُ بِهِ صَاحِبُ الْأَرْضِ خَاصَّةً يَكُونُ مُخَالَفًا لِلْعَقْدِ ، فَيُفْسِدُهُ ، كَشَرَطِ إلقاءِ السَّرَقِينَ وَرَدِّ الْأَرْضِ مَكْرُوبَةً ، وَهُوَ [٣٢٩/٦ ط/م] أَحَدُ تَأْوِيلِي ^(١) التَّثْنِيَةِ ، وَتَكَرَّرُ الْكَرَابِ ، وَهُوَ التَّأْوِيلُ الْآخَرُ فِي التَّثْنِيَةِ .

قَالَ الصِّدْرُ الشَّهِيدُ فِي «شرح الجامع الصغير»: «أَمَّا التَّثْنِيَةُ: فَهِيَ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً عِنْدَ الْبَعْضِ ، وَأَنْ يَكْرُبَهَا مَرَّتَيْنِ عِنْدَ الْبَعْضِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَإِنَّهُ شَرَطُ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، وَلِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ فِيهِ مَنَفَعَةٌ ، فَصَارَ مُفْسِدًا» .

ثُمَّ قَالَ: «هَذَا فِي دِيَارِهِمْ ، وَدِيَارٍ نَسَفَ ^(٢) ، وَبَعْضِ دِيَارِنَا ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَخْرُجُ خَارِجًا تَامًّا بِالْكَرَابِ مَرَّةً» ^(٣) ، فَيَكُونُ هَذَا الشَّرْطُ فِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ شَرْطًا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَى الْكَرَابِ مَرَّتَيْنِ ؛ لَا يَكُونُ اشْتِرَاطُ التَّثْنِيَةِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُقْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ ، فَأَمَّا إِذَا شَرَطَ أَنْ يُسْرِقْنَهَا ، فَلِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ تَبْقَى إِلَى الْعَامِ الْقَابِلِ ، فَيَكُونُ هَذَا شَرْطًا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، وَلِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ فِيهِ مَنَفَعَةٌ .

وَأَمَّا إِذَا شَرَطَ كَرِي الْأَنْهَارِ: فَلِأَنَّهُ عَلَى الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ التَّمَكِينِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ [٥٠٩/٢ ط] ، فَاشْتِرَاطُهُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ يَخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «تَأْوِيلُ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) وَهِيَ بَلَدَةٌ بَيْنَ جِيحُونَ وَسَمَرْقَنْدَ ، وَتَسْمَى «نَخْشَبَ» أَيْضًا ، وَإِلَيْهَا يَنْسَبُ جَمْعُ مِنَ الْعُلَمَاءِ . يَنْظُرُ:

«مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ» لِيَاقُوتِ الْحَمَوِيِّ [١٦٤/٣ ، ٥/٢٧٦] .

(٣) يَنْظُرُ: «شرح الجامع الصغير» لِلصِّدْرِ الشَّهِيدِ [ص ٥١٢] .

ثُمَّ قِيلَ: الْمُرَادُ بِالتَّثْنِيَةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلَا شُبْهَةً فِي فَسَادِهِ. وَقِيلَ: أَنَّ يَكْرُبُهَا مَرَّتَيْنِ فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الْأَرْضُ الرَّيْعَ بِالْكَرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةُ سَنَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا يَبْقَى مَنَفَعَتُهُ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِكَرِّي الْأَنْهَارِ الْجَدَاوِلُ، بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَنَفَعَتُهُ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ ﷺ فِيهِ: مِنْهُمْ مَنْ سَوَّى بَيْنَ الْأَنْهَارِ وَبَيْنَ الْجَدَاوِلِ؛ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ لَفْظِ الْكِتَابِ، وَهَذَا الْقَوْلُ مَخْتَارُ الشَّيْخِ الْإِمَامِ الْأَجَلِّ أَبِي بَكْرٍ خَوَاهِرُ زَادَهُ، وَبِهِ كَانَ يُقْتَضَى.

وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ فَقَالَ: اشْتَرَاطُ كَرِّي الْجَدَاوِلِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ بَدُونِ الشَّرْطِ، فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ الْعَامِ، فَإِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، فَقَدْ شَرَطَ مَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، فَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: «وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ الْإِمَامِ الْأَجَلِّ الْوَالِدِ بَرَهَانَ الْأُتَمَةِ»^(١).

وَالِي هَذَا الْقَوْلِ ذَهَبَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» ﷺ، حَيْثُ قَالَ: (وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِكَرِّي الْأَنْهَارِ: الْجَدَاوِلُ، بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا: الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ)، وَاحْتَرَزَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» ﷺ بِقَوْلِهِ: (هُوَ الصَّحِيحُ). عَنْ قَوْلِ خَوَاهِرُ زَادَهُ.

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ ﷺ فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «كَرِّي الْأَنْهَارِ إِنَّمَا يُرَادُ بِهِ: الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَةَ كَرِّيهَا تَبْقَى إِلَى الْعَامِ الْآخِرِ، فَأَمَّا الْجَدَاوِلُ:

(١) بَرَهَانَ الْأُتَمَةِ: هُوَ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَهْلٍ الْبُخَارِيِّ الْمَعْرُوفُ بِ: «مَازَهُ». وَبَرَهَانَ الْأُتَمَةِ: هُوَ صَاحِبُ «الْمَحِيطِ». كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، وَ«م»، وَ«ن». وَقَدْ مَضَى أَنَّ صَاحِبَ «الْمَحِيطِ»: هُوَ مُحَمَّدٌ - أَوْ مُحَمَّدٌ - بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ مَازَةَ الْبُخَارِيِّ الْمَرْغِينَانِيِّ، بَرَهَانَ الدِّينِ. وَهُوَ صَاحِبُ: «الطَّرِيقَةِ الْبَرَهَانِيَّةِ» أَيْضًا، وَلَعَلَّهُ اشْتَبَهَ هُنَا بِ: عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ مَازَةَ الْمَعْرُوفِ بِبَرَهَانَ الْأُتَمَةِ أَبِي مُحَمَّدٍ. وَالِدُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْمَلْقَبِ بِالصَّدْرِ الشَّهِيدِ.

قَالَ: وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى، فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

﴿هَآئِةُ الْبَيَانِ﴾

فَلَا تَبْقَى مَنَفَعَةٌ كَرِيهَا إِلَى الْعَامِ الثَّانِي، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَاسْمُ الْأَنْهَارِ عَلَى الْإِطْلَاقِ لَا يَتَنَاوَلُ الْجَدَاوِلَ^(١).

يُقَالُ: كَرَبْتُ الْأَرْضَ أَكْرَبُهَا كَرَبًا وَكِرَابًا؛ إِذَا أَثَرْتَهَا لِلزَّرْعِ.

وَفِي الْمَثَلِ: «الْكِرَابُ عَلَى الْبَقْرِ»، أَي: لَا تُكْرَبُ الْأَرْضُ إِلَّا بِالْبَقْرِ. يَغْنُونُ: أَنْ مِمَارَسَةً كُلِّ أَمْرٍ جَرَتْ بِآلَتِهِ، وَفِي لَفْظِ الْمَثَلِ خِلَافٌ يُعْرَفُ فِي «الْمُسْتَقْصَى»^(٢). وَكَزِي النَّهْرُ: حَفَرُهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى؛ فَلَا [٣٣٠/٦ م] خَيْرَ فِيهِ)، أَي: [قَالَ]^(٣) فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَرُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام»: فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ الْأَرْضَ لِتُزْرَعَ بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى، قَالَ: لَا خَيْرَ فِيهِ»^(٤). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ عليه السلام فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ عَلِيُّ بْنُ الْجَعْدِ وَبِشْرُ بْنُ الْوَلِيدِ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ: فَيَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا يَخْدُمُهُ شَهْرًا بِخِدْمَةِ أَمَةٍ تَخْدُمُهُ شَهْرًا، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ: هَذَا فَاسِدٌ، لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ خِدْمَةِ بِخِدْمَةٍ، وَلَا سُكْنَى بِسُكْنَى، وَلَا زِرَاعَةُ أَرْضٍ بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى، فَإِنْ خَدَمَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَلَمْ يَخْدُمْهُ الْآخَرَ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَجْرَةٌ، وَكَذَلِكَ رُكُوبُ الدَّابَّةِ بِرُكُوبِ دَابَّةٍ أُخْرَى.

وَكَذَلِكَ الْأَعْمَالُ كُلُّهَا إِذَا اتَّفَقَتْ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ ذَلِكَ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ عليه السلام: إِذَا

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير للبيروني [٣٢٥/ق].

(٢) ينظر: «المستقصى في أمثال العرب» للزمخشري [٤١٧/٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٤٤١/ص].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلَى هَذَا إِجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللَّبْسِ بِاللَّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. لَهُ أَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى جَازَتْ الْإِجَارَةُ بِأَجْرَةِ دَيْنٍ وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ. وَلَنَا: أَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يَحْرِمُ النِّسَاءَ عِنْدَنَا

غاية البيان

اختلفَ الْعَمَلَانِ؛ جازتِ الْإِجَارَةُ فِي الْحُرَّيْنِ، وَالْعَبْدَيْنِ، أَوْ دَابَّتَيْنِ، فَإِذَا اتَّفَقَ الْعَمَلُ وَكَانَ وَاحِدًا؛ فَلَا أُجْرَةَ^(١).

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ رحمته الله: «والمختلفان: أَنْ يَسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ بِسُكْنَى دَارٍ، أَوْ زِرَاعَةِ أَرْضٍ بِرُكُوبِ دَابَّةٍ، فَهَذَا جَائِزٌ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا إِذَا كَانَ مُخْتَلَفًا، وَفَاسِدًا عِنْدَهُمْ جَمِيعًا إِذَا كَانَ مُتَّفَقًا، وَلَا اخْتِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا: أَنَّ الْمُتَّفَقَ: الْإِجَارَةُ فِيهِ فَاسِدَةٌ، وَالْمُخْتَلَفُ جَائِزٌ، وَلَا أَحْفَظُ^(٢) أَنَّهُ لَا أُجْرَ عَلَيْهِ فِي الْمُتَّفَقِ إِلَّا مَا رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ وَبَشَرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله، وَلَيْسَ عَنْ غَيْرِهِ خِلَافٌ هَذَا فِيمَا أَحْفَظُ^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: تَجُوزُ إِجَارَةُ الْمَنَافِعِ بِجِنْسِهَا، كَالسُّكْنَى بِالسُّكْنَى، وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ^(٤).

لَهُ: أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ لَهَا حُكْمُ الْأَعْيَانِ، فَيَجُوزُ، سِوَاءَ اخْتَلَفَتِ الْمَنَافِعُ أَوْ اتَّفَقَتْ، كَمَا إِذَا تَبَايَعَا أَرْضًا بِأَرْضٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ لِلْمَنَافِعِ حُكْمَ الْأَعْيَانِ: لَوْ اسْتَأْجَرَ الْمَنَافِعَ بِدَيْنٍ جَازَ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا حُكْمُ الْأَعْيَانِ لَمْ يَجْزُ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧٣/ق].

(٢) أي: لَا أَحْفَظُ فِي اشْتِرَاطِ الْأَجْرَةِ فِي الْمُتَّفَقِ سِوَى رَاوِيَةِ عَلِيِّ بْنِ وَبَشَرٍ وَأَبِي يُوسُفَ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج»، «م»، «و».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧٣/ق].

(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٢٩/٤]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٦/٥].

فَصَارَ كَبَيْعِ الْقُوهِيِّ بِالْقُوهِيِّ نَسِئَةً، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ ﷺ، وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ جُوزَتْ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ، وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ.

غاية البيان

لأنه يلزم الكالئ بالكالئ، وهو منهي^(١).

ولنا وجهان في المسألة:

أحدهما: ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني ﷺ في «شرح الكافي»: «أنَّ محمدَ بنَ سَمَاعَةَ ﷺ كَتَبَ إِلَى مُحَمَّدٍ [٥١٠/٢] بنِ الْحَسَنِ ﷺ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ فِي جَوَابِهَا: إِنَّكَ أَطَلْتَ الْفِكْرَةَ، وَلَحِقَتْكَ الْحَيْرَةُ، وَجَالَسْتَ الْحِنَائِيَّ^(٢)، وَكَانَتْ مِنْكَ زَلَّةٌ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ بَيْعَ الْقُوهِيِّ بِالْقُوهِيِّ^(٣) نَسَاءٌ لَا يَجُوزُ».

يَعْنِي: أَنَّ بَيْعَ الْقُوهِيِّ بِالْقُوهِيِّ نَسَاءٌ إِنَّمَا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ أَحَدَ وَصْفَيْ عِلَّةِ الرِّبَا كَافٍ لِحُرْمَةِ النَّسَاءِ، وَهُوَ الْجِنْسُ فِي الْقُوهِيِّ، فَكَذَا فِي الْمَنَافِعِ إِذَا اتَّفَقَتْ وَجَدَ [٣٣٠/٦م] الْجِنْسُ فَيَحْرُمُ النَّسَاءُ، وَهَذَا هُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمَتْنِ: (إِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ ﷺ).

بيان ذلك: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُمْلِكُ لِلْحَالِ، بَلْ عَلَى تَقْدِيرِ وَجُودِهَا شَيْئًا فَشَيْئًا، فَمَتَى تَحَقَّقَ التَّأخِيرُ، ثَبَتَ مَعْنَى النَّسَاءِ.

(١) يشير إلى حديث ابنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ». ومضى تخريجه.

(٢) الْحِنَائِيُّ: رَجُلٌ مُتَّهَمٌ فِي دِينِهِ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةِ الْأَصْلِ، وَ«ج»، وَ«م»، وَ«ن».

وذكر ابن الهمام في «فتح القدير» [١١٣/٩]: والحنائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها. كذا في «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام [٣٢٥/ق].

(٣) الْقُوهِيُّ: ضَرْبٌ مِنَ الثِّيَابِ أَبْيَضٌ. ينظر: «مختار الصحاح» لزين الرازي [ص/٢٦٣/ مادة: قوه].

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ؛ فَلَا [١١٩/ظ] أَجْرَ لَهُ

غاية البيان

والثاني: أَنَّ القِيَّاسَ يَأْبَى جَوَازَ الْإِجَارَةِ؛ لَكُونَ الْمَنَافِعِ الَّتِي هِيَ مَعْقُودٌ عَلَيْهَا مَعْدُومَةٌ حَقِيقَةً حَالٌ وَرُودِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا صَحَّةَ لِلْعَقْدِ إِلَّا بِقِيَامِ مَحَلِّ الْعَقْدِ، وَلَكِنْ جُوزَتْ ضَرُورَةً دَفَعَ حَوَائِجَ النَّاسِ بِإِقَامَةِ الْعَيْنِ مَقَامَ الْمَنَافِعِ فِي صَحَّةِ انْعِقَادِ السَّبَبِ، فَإِذَا اتَّفَقَتِ الْمَنَافِعُ انْعَدَمَتِ الضَّرُورَةُ إِلَى جَوَازِهَا؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِمَا عِنْدَهُ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى عَقْدِ الْإِجَارَةِ، فَبَقِيَ الْحُكْمُ عَلَى أَصْلِ الْقِيَّاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْمَنْفَعَةَ بِخِلَافِ جَنْسِهَا؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَمَسُّ إِلَى تَحْصِيلِ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ، فَجُوزَتْ، فَبَطَلَ قِيَّاسُ الْخَصْمِ.

وَلَا يَلْزَمُ إِجَارَةُ الْمَنَافِعِ بِبَدْلِ دَيْنٍ؛ لِأَنَّا لَمَّا أَقَمْنَا الدَّارَ مَقَامَ الْمَنَافِعِ تَصَحُّحًا لِلْعَقْدِ، لَمْ يَلْزَمْ الْكَالِيُّ بِالْكَالِي؛ لِأَنَّ الدَّارَ عَيْنٌ^(١) قَائِمَةٌ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا شُبْهَةٌ الدَّيْنِيَّةِ فِي الْمَنَافِعِ ثَابِتَةٌ، وَحُرْمَةُ رَبَا النِّسَاءِ تَثْبُتُ بِشُبْهَةِ الدَّلِيلِ، فَحُرْمُ النِّسَاءِ إِذَا اتَّفَقَ الْجَنْسُ بِوُجُودِ^(٢) شُبْهَةِ الدَّلِيلِ، وَهِيَ وَجُودُ أَحَدٍ وَضَفَى عِلَّةِ الرِّبَا، وَاللَّهُ الْهَادِي.

ثَوْبٌ قُوْهِيٌّ: مَنْسُوبٌ إِلَى قُوْهِسْتَانَ^(٣)، وَهِيَ مِنْ بِلَادِ فَارَسَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «غَيْر». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «بِوُجُوب». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٣) قُوْهِسْتَانَ: بَضْمُ أَوَّلِهِ ثُمَّ السَّكُونُ ثُمَّ كَسْرُ الْهَاءِ، وَسَيْنٌ مَهْمَلَةٌ، وَتَاءٌ مَثْنَاءٌ مِنْ فَوْقَ، وَآخِرُهُ نُونٌ، وَهُوَ

تَعْرِيبٌ: «كُوْهِسْتَانَ»، وَمَعْنَاهُ: مَوْضِعُ الْجِبَالِ. يَنْظُرُ: «مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ» لِيَاقُوتِ الْحَمَوِيِّ [٤١٦/٤].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ الْعَيْنِ - شَائِعًا - جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَعَ فِيهَا الطَّعَامَ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ. وَلَنَا: أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وَجُودَ لَهُ؛

غاية البيان

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في طعامٍ بين رجلين، استأجر أحدهما دابةً صاحبه؛ ليحمل الطعام الذي هو بينهما، قال: لا أجر له»^(١). إلى هنا لفظُ أصل «الجامع الصغير».

وعند الشافعي رضي الله عنه: تصحُّ الإجارة ويَجِبُ الأجرُ المُسمَّى؛ لأنَّه إجارةٌ ببدلٍ معلومٍ لعملٍ معلومٍ في محلٍّ هو ملكُ المُستأجرِ، وقد أوفاه الأجيرُ، فيَجِبُ لَهُ الأجرُ^(٢).

ولنا: أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وَجُودَ لَهُ، فَصَارَ كإجارةٍ ما لَا مَنْفَعَةَ لَهُ.

وإنَّما قلنا ذلك: لأنَّه اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ فِي مَحَلٍّ شَائِعٍ، وَإِيقَاعُ الْعَمَلِ فِي الشَّائِعِ لَا يُتَصَوَّرُ، فَلَا تَصَحُّ الإجارةُ، ولأنَّه عَامِلٌ لِنَفْسِهِ، وَالْإِنْسَانُ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى عَمَلِهِ لِنَفْسِهِ أَجْرًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ نَصِيبُهُ مِنْ نَصِيبِ شَرِيكِهِ؛ لكونِهِ شَائِعًا، فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

وعَلَّلَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رضي الله عنه فِي «شرح الجامع الصغير»: بِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ يَتَوَصَّلُ إِلَى حَمَلِ نَصِيبِهِ بِحَمَلِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ، فَصَارَ كَأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَهُ، وَاشْتَرَطَ لِلْأَجِيرِ مَنْفَعَةً [٣٣١/٦ م] سِوَى الْأَجْرِ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ وَسَلَفٍ.

ثُمَّ إِذَا حَمَلَ لَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ يَجِبُ فِي الإجارةِ الْفَاسِدَةِ إِذَا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [٤٤١/ص].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٢٩/٤]. و«كفاية النبيه شرح التنبيه» لابن

الرفعة [٢٤٠/١١].

لِأَنَّ الْخَمْلَ فِعْلٌ حَسِيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ

❦ هَاجَةُ الْبَيَانِ ❦

كَانَ لَهُ نَظِيرٌ مِنَ الْإِجَارَةِ الْجَائِزَةِ ، وَهَذِهِ الْإِجَارَةُ لَا نَظِيرَ لَهَا مِنَ الْإِجَارَاتِ الْجَائِزَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ هُوَ فِيهِ شَرِيكٌ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : « قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي طَعَامٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، وَلِأَحَدِهِمَا سَفِينَةٌ ، فَأَرَادَا أَنْ يَخْرَجَا بِالطَّعَامِ مِنْ بَلَدِهِمَا إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا نَصْفَ سَفِينَةٍ صَاحِبِهِ بِحِصَّتِهِ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرَادَا أَنْ يَطْحَنَا الطَّعَامَ ، فَاسْتَأْجَرَ نَصْفَ الرَّحَى الَّذِي لَشَرِيكِهِ .

قَالَ : « وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ مِنْهُ أَنْصَافَ جَوَالِيْقِهِ هَذِهِ لِيَحْمِلَ فِيهَا هَذَا الطَّعَامَ إِلَى [٢/٥١٠هـ] مَكَّةَ ، فَهُوَ جَائِزٌ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدٌ صَاحِبِهِ ، أَوْ دَابَّةً عَبْدٌ صَاحِبِهِ ، أَوْ دَابَّتَهُ لِيَحْمِلَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَ الْعَبْدَ لِيَحْفَظَ الطَّعَامَ ، وَسَوَاءٌ اسْتَأْجَرَ الْعَبْدَ ، أَوْ الدَّابَّةَ كُلَّهُ ، أَوْ نَصْفَهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، فَإِنْ حَمَلَ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَا أَجْرَ لَهُ » .

ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ : « قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله : وَكُلُّ شَيْءٍ اسْتَأْجَرَ مِنْ صَاحِبِهِ مِمَّا يَكُونُ عَمَلًا ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ عَمِلَهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ ، وَكُلُّ شَيْءٍ لَيْسَ يَكُونُ عَمَلًا اسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ » ^(١) .

وَقَالَ شَمْسُ الْأُتْمَةِ الْبَيْهَقِيُّ رحمه الله فِي «الْكَفَايَةِ» : « وَالْأَصْلُ : أَنَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَا يُسْتَحَقُّ الْأَجْرُ إِلَّا بِإِيقَاعِ عَمَلٍ فِي الْعَيْنِ الْمَشْتَرِكِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ ، كَمَا فِي نَقْلِ الطَّعَامِ الْمَشْتَرِكِ بِنَفْسِهِ ، أَوْ دَابَّتِهِ ، أَوْ غَلَامِهِ ، وَكُلُّ مَا يُسْتَحَقُّ بِدُونِ إِيقَاعِ عَمَلٍ فِي الْمَشْتَرِكِ يَجُوزُ ، وَفِي الدَّارِ وَالسَّفِينَةِ وَالرَّحَى : يَجِبُ الْأَجْرُ بِوَضْعِ الْعَيْنِ فِي الدَّارِ وَالسَّفِينَةِ وَالرَّحَى ، لَا بِإِيقَاعِ عَمَلٍ » .

قَوْلُهُ : (لِأَنَّ الْخَمْلَ فِعْلٌ حَسِيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْتَّازُ نَصِيبُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧٣/ف] .

حُكْمِي ، فَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ ، وَلِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكُهُ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ ، بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ الْمَنَافِعُ ، وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكٌ نَصِيبُ صَاحِبِهِ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

الْمُسْتَأْجِرِ مِنْ نَصِيبِ الْعَامِلِ ، وَكُلُّ جُزْءٍ فَرَضَتْهُ فِي الشَّائِعِ ، فَلِلْعَامِلِ فِيهِ نَصِيبٌ ، فَيَكُونُ عَامِلًا فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ لِنَفْسِهِ لَا لِلْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرُ إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَعْمَلَ لَهُ لَا لِنَفْسِهِ ، وَلَا أَجْرَ لِلْعَامِلِ لِنَفْسِهِ .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ الْمَنَافِعُ ، وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ) ، هَذَا جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ بِقَوْلِهِ : (كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ) ، يَعْنِي : أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْمُنَازَعِ فِيهِ إِيقَاعُ الْعَمَلِ ، وَهُوَ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ ، فَلَا يَجُوزُ ، وَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ ، بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لَوْضَعِ الطَّعَامِ ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَيَجِبُ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ [١/٣٣١/٢م] عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ لَا إِيقَاعُ الْعَمَلِ فِي الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ ، فَأُمُكِّنَ التَّسْلِيمُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا يَجِبُ الْأَجْرُ بِمَجْرَدِ وَضْعِ الطَّعَامِ بَلَا إِيقَاعِ عَمَلٍ فِي الدَّارِ ، أَوْ يَجِبُ الْأَجْرُ أَيْضًا إِذَا سَلَّمَ الْمِفْتَاحَ وَلَمْ يَضَعْ فِيهَا الطَّعَامَ إِلَى انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ .

قَوْلُهُ : (وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ) ، جَوَابٌ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ الْخَصْمُ فِيمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ ، يَعْنِي : أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ ، وَالْمِلْكُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ ، فَيُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ حُكْمًا ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ حِسًّا ، بِخِلَافِ الْمُنَازَعِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ ؛ لِعَدَمِ الْاِمْتِيَازِ حِسًّا .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» : «وَلَوْ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ طَعَامٌ ، فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ لِيَحْمِلَهُ ، أَوْ لِيَطْحَنَهُ ؛ لَمْ يَجْزُ» ،

وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمَكِّنُ إِيقَاعَهُ فِي الشَّائِعِ . وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا ، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا ، وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالْأَرْضِ مَا لَا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ ، فَلَمْ يَكُنِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا .

غاية البيان

قَالَ : « وَكَذَلِكَ تَسْجُ الْعَزَلِ ، وَرَعِي الْغَنَمِ الَّتِي بَيْنَهُمَا ، لَا أَجْرَ لَهُ فِي ذَلِكَ » .
قَوْلُهُ : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا ، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » .

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ : « مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام : فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ الْأَرْضَ وَلَمْ يُسَمِّ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِيهَا شَيْئًا ، قَالَ : الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ، فَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا أَفْسَدْتُهَا ، وَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلُ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ الَّذِي سَمَّى » ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » .

وَكَانَ الْقِيَاسُ : أَنْ يَذْكُرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي أَوَّلِ بَابٍ مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ عِنْدَ ذِكْرِ مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ ، وَهِيَ قَوْلُهُ : (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَلَا يَصَحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يَزْرَعُ فِيهَا ، أَوْ يَقُولُ : عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ) ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا لَا تُحْمَلُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى التَّكَرُّارِ ؛ لِأَنَّ فِي مَسْأَلَةِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » فَائِدَةً وَهِيَ قَوْلُهُ : « وَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلُ ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ الَّذِي سَمَّى » ^(٢) .

ثُمَّ أَعْلَمَ : أَنَّ إِجَارَةَ الْأَرْضِ لَا تَجُوزُ حَتَّى يُبَيَّنَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا ، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُ فِيهَا ، وَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْغَرْسِ ، وَحِفْظِ الْأَمْتَةِ وَمَا أَشَبَهُ ذَلِكَ ، فَإِذَا لَمْ يُبَيَّنِ الزَّرَاعَةُ ؛ لَا يَصِيرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا ، فَفَسَدَ

(١) ينظر : « الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير » [ص / ٤٤١] .

(٢) ينظر : المصدر السابق .

فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلُ فَلَهُ الْمُسَمَّى وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رحمته؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا.

وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْجَهَالََةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا،

نهاية البيان

العقد لجهالته، ثُمَّ مِنَ الْحُبُوبِ [٥١١/٢] الَّتِي تُزْرَعُ مَا يَكُونُ أَكْثَرَ ضَرَرًا بِالْأَرْضِ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُبَيَّنَّ أَيُّ نَوْعٍ يَزْرَعُ فِيهَا حَتَّى لَا يُفْضِيَ إِلَى الْجَهَالََةِ الْمَفْضِيَةِ إِلَى النِّزَاعِ، فَإِنْ زَرَعَهَا بَعْدَ فَسَادِ الْعَقْدِ لِلْجَهَالََةِ؛ يَتَعَيَّنُ ذَلِكَ الزَّرْعُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ، وَيَنْقَلِبُ الْعَقْدُ إِلَى الْجَوَازِ، وَيَجِبُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَبْلَ نَقْضِ الْقَاضِي الْعَقْدَ.

[٣٣٢/٦] وَعِنْدَ زُفَرٍ رحمته: لَا يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ جَائِزًا، وَإِنْ زَرَعَهَا بَعْدَ نَقْضِ الْقَاضِي؛ لَا يَعُودُ جَائِزًا، وَقَوْلُ^(١) زُفَرٍ هُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا، فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا إِلَّا بِالتَّحْدِيدِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ.

وَقَوْلُ أَصْحَابِنَا: هُوَ الْإِسْتِحْسَانُ، وَوَجْهُهُ: أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ يُعَقَّدُ لِلْمُسْتَأْنَفِ، فَإِذَا زَرَعَ فِيهَا؛ صَارَ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى هَذَا الْعَمَلِ ابْتِدَاءً، فَجَازَ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ النَّاشِئَ لِمَكَانِ الْجَهَالََةِ ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، فَصَارَ كَأَنَّ الْجَهَالََةَ ارْتَفَعَتْ حَالَةَ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا كَانَ لِلْقَاضِي أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ لِلْجَهَالََةِ، فَإِذَا ارْتَفَعَتْ الْجَهَالََةُ؛ اسْتَغْنَى عَنِ النِّقْضِ.

كَمَا قُلْنَا فَيَمَنُ بَاعَ شَيْئًا إِلَى الْحَصَادِ، أَوْ الدِّيَّاسِ، ثُمَّ أَسْقَطَا الْأَجَلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ أَوَانِ الْحَصَادِ أَوْ الدِّيَّاسِ؛ انْقَلَبَ جَائِزًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرٍ، وَكَمَا^(٢) فِي الصَّرْفِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، وَالْأَجَلُ إِذَا أُسْقِطَ ذَلِكَ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ؛ يَجُوزُ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا خِلَافًا لِزُفَرٍ رحمته.

(١) وقع بالأصل: «وهو قول». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «كما». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

كَمَا إِذَا ارْتَفَعَتْ فِي حَالَةِ الْعَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْأَجَلَ الْمَجْهُولَ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي الْمُدَّةِ.

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدَرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَتَفَقَّ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجِرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَجْرَةُ فَاسِدَةً..

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

قَوْلُهُ: (كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْأَجَلَ الْمَجْهُولَ)، أَرَادَ بِهِ: مَا إِذَا بَاعَ إِلَى الْحَصَادِ وَالْدِّيَّاسِ، ثُمَّ أَسْقَطَ الْأَجَلَ قَبْلَ أَوَانِ الْحَصَادِ وَالْدِّيَّاسِ جَازًا، وَفِيهِ خِلَافٌ لِرُفْرَفٍ رحمته الله، فَعَلَى هَذَا جَعَلَهُ مَقِيسًا عَلَيْهِ عِنْدَ ذِكْرِ الدَّلِيلِ فِيهِ نَظَرٌ.

قَوْلُهُ: (وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي الْمُدَّةِ)، يَعْنِي: إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، ثُمَّ أَسْقَطَ الْيَوْمَ الرَّابِعَ الَّذِي هُوَ زَائِدٌ عَلَى مُدَّةِ شَرْطِ الْخِيَارِ - وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ -؛ جَازًا خِلَافًا لِرُفْرَفٍ، فَعَلَى هَذَا فِي جَعَلِهِ مَقِيسًا عَلَيْهِ أَيْضًا عِنْدَ ذِكْرِ الدَّلِيلِ فِيهِ نَظَرٌ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدَرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَتَفَقَّ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوْرَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مِنْ رَجُلٍ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدَرْهَمٍ، وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ، فَتَفَقَّ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ الَّذِي سَمَّاهُ، وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا، تَنَاقَضَا الْإِجَارَةَ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢].

فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى ؛

«هاية البيان»

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْجِينَابِيُّ فِي «شرح الكافي» - الَّذِي هُوَ «مبسوطه» - : «وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ ، وَلَمْ يُسَمَّ مَا يَحْمَلُ عَلَيْهَا ، فَإِنْ اخْتَصَمَا رَدَدَتْ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ |م/٥٣٢/٦| الْمَحْمُولِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ لِيَصِيرَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا ، فَإِذَا لَمْ يُبَيَّنْ فَسَدَ الْعَقْدُ ، فَأُرْذُ الْإِجَارَةُ عِنْدَ اخْتَصَامِهِمَا .

وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا ، أَوْ رَكِبَهَا إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ ؛ فَعَلَيْهِ مَا سَمَّاهُ مِنَ الْكِرَاءِ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَا التَّعْيِينَ بِالْفِعْلِ كَالْتَّعْيِينَ بِالْقَوْلِ فِي حَالَةٍ لَهَا حُكْمٌ ابْتِدَاءً الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِي حَقِّ الْحُكْمِ يَنْعَقِدُ عِنْدَ حَدُوثِ الْمَنْفَعَةِ ، وَلَوْ عَيَّنَ فِي الْإِبْتِدَاءِ صَحَّ ، فَكَذَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا وَلَمْ يُسَمَّ مَا اسْتَأْجَرَهُ لَهُ . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

وَقَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته فِي «شرح الجامع الصغير» : «وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهِ ، فَالْقَاضِي يَنْقُضُ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدًا مَا لَمْ يَحْمَلْ عَلَيْهِ ، وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلْبُسِّ ، وَلَمْ يُعَيَّنِ اللَّابِسَ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوُثُونَ ، فَإِنْ عَيَّنَ اللَّابِسَ بَعْدَ ذَلِكَ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا» ^(١) .

وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ : «حَمَلَ مِثْلَ مَا يَحْمَلُ النَّاسُ» ، وَأَرَادَ بِهِ : الْحَمْلَ الْمَعْتَادَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَمَلَ غَيْرَ [٥١١/٢ ظ] الْمَعْتَادِ فَهَلَكَ الْحِمَارُ ؛ يَجِبُ أَنْ يَضْمَنَ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ فِي الْحَمْلِ الْمَعْتَادِ لِعَدَمِ الْمَخَالَفَةِ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِذْنِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمَعْتَادِ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ الْمَعْتَادُ ، وَالْعَيْنُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهَا بِإِذْنِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْخِلَافُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَلَا يَضْمَنُ ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْفَاسِدِ يُؤْخَذُ مِنَ الصَّحِيحِ ، فَفِي الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ الْخِلَافُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ ، فَكَذَا

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩] .

اسْتَحْسَنًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى .

وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ نَقَضَتْ
الْإِجَارَةُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذَا الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ .

غاية البيان

فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ فَكَيْفَ ، وَقَدْ انْقَلَبَ الْعَقْدُ جَائِزًا بِالْحَمْلِ الْمَعْتَادِ اسْتَحْسَنًا .
قَوْلُهُ : (فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى) .

أَرَادَ بِهَا^(١) : مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ ، وَلَمْ يُسَمَّ مَا يَزْرَعُهَا ، ثُمَّ زَرَعَهَا
وَمَضَى الْأَجَلَ ؛ يَجِبُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتَحْسَنًا ، فَكَذَا هَذَا إِذَا حَمَلَ إِلَى بَغْدَادَ
يَجِبُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتَحْسَنًا .

قَوْلُهُ : (إِذَا الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ) ، أَيُ : فَسَادُ الْعَقْدِ ثَابِتٌ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ قَبْلَ
الْحَمْلِ عَلَى الْحِمَارِ ، وَقَبْلَ الْمُزَارَعَةِ فِي الْأَرْضِ ، تَنْتَقِضُ الْإِجَارَةُ رَفْعًا^(٢) لِلْفَسَادِ ،
وَلَوْ قَالَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» : رَفْعًا لِلْفَسَادِ بِالرَّاءِ ، مَكَانَ قَوْلِهِ : (دَفْعًا لِلْفَسَادِ) بِالْدَالِ ؛
كَانَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ قَائِمٌ يَحْتَاجُ إِلَى الرِّفْعِ ، لَا غَيْرَ قَائِمٍ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الدَّفْعِ ،
فَافْهَمُ .

وَيُقَالُ : نَفَقَتِ الدَّابَّةُ نَفَقًا إِذَا مَاتَتْ ، وَنَفَقَ الْمَتَاعُ نَفَاقًا ، وَالنَّفَاقُ ضِدُّ الْكَسَادِ ،
وَهُمَا^(٣) مِنْ بَابِ فَعَلَ يَفْعُلُ ، بَفَتْحِ الْعَيْنِ فِي الْمَاضِي ، وَضَمِّهَا فِي الْمَضَارِعِ .



(١) وقع بالأصل : «أراد فيها» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) وقع بالأصل : «دفعًا» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٣) وقع بالأصل : «وهي» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

بَابُ ضَمَانِ الْأَجِيرِ

قَالَ: الْأَجْرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ، فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَفْعَلَ كَالصَّبَاغِ وَالْقَصَّارِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلُ

غاية البيان

بَابُ ضَمَانِ الْأَجِيرِ

لَمَّا فَرَّغَ عَنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ الْإِجَارَةِ صَحِيحِهَا وَفَاسِدِهَا: شَرَعَ فِي بَيَانِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْعَوَارِضِ الَّتِي تَرْتَبِتُ عَلَى عَقْدِ الْإِجَارَةِ [٢/٣٣٣/٦]، فَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: الْأَجْرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ، فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَفْعَلَ كَالصَّبَاغِ وَالْقَصَّارِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ: الْقَصَّارُ، وَالصَّبَاغُ، وَالْخَيَّاطُ، وَالصَّائِغُ، وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِعَمَلِهِ دُونَ تَسْلِيمِ نَفْسِهِ»^(٢).

ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ: «الْأَجِيرُ الْخَاصُّ: مَنْ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِالْوَقْتِ دُونَ الْعَمَلِ، وَذَلِكَ كَرَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَتَّخِذَهُ شَهْرًا بِخَمْسَةِ دِرَاهِمٍ، أَوْ كُلَّ شَهْرٍ بِخَمْسَةٍ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥٩].

﴿١٠٠﴾ أَوْ أَثَرِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحِقَّةً لِوَاحِدٍ ،

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

دِرَاهِمَ ، أَوْ لِيَقْصُرَ مَعَهُ ، أَوْ لِيَخِيطَ مَعَهُ ، أَوْ يَعْمَلَ عَمَلًا مِنَ الْأَعْمَالِ سَمَاءَهُ كُلِّ شَهْرٍ بِكَذَا وَكَذَا ، أَوْ كُلِّ يَوْمٍ بِكَذَا وَكَذَا ، أَوْ كُلِّ سَنَةٍ بِكَذَا وَكَذَا ، فَهَذَا هُوَ الْخَاصُّ ﴿١﴾ .
إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» .

وَقَالَ فِي «شرح الطَّحَاوِيِّ» : «الْأَجِيرُ الْمَشْتَرِكُ : هُوَ أَنْ يَتَقَبَّلَ الْعَمَلُ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ ، وَأَجِيرُ الْوَحْدِ ﴿٢﴾ : أَنْ يَتَقَبَّلَ الْعَمَلُ مِنَ الْوَاحِدِ ، وَفِي الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ الْعَقْدُ إِنَّمَا يَقَعُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ ، لَا عَلَى تَسْلِيمِ النَّفْسِ ، وَالْعَقْدُ فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ يَقَعُ عَلَى تَسْلِيمِ النَّفْسِ إِلَيْهِ فِي الْمُدَّةِ ، لَا عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ ﴿٣﴾ . إِلَى هَذَا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ» رَحِمَهُ اللَّهُ .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الكافي» :

«قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمُ اللَّهُ : الْأَجِيرُ الْمَشْتَرِكُ عِنْدَنَا : الْقَصَّارُ ، وَالْحَيَّاطُ ، وَالْإِسْكَافُ ، وَكُلُّ مَنْ يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالَ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ ، وَأَجِيرُ الرَّجُلِ وَحْدَهُ : أَنْ يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلَ لِيَخْدُمَهُ شَهْرًا ، أَوْ لِيُخْرِجَ مَعَهُ إِلَى مَكَّةَ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ﴿٤﴾ .

وَالْأَصْلُ فِيهِ : أَنْ كُلُّ مَنْ يَنْتَهِي عَمَلُهُ بِانْتِهَاءِ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ فَهُوَ أَجِيرٌ وَحْدٍ ، وَكُلُّ مَنْ لَا يَنْتَهِي عَمَلُهُ بِانْتِهَاءِ مُدَّةٍ مُقَدَّرَةٍ ؛ فَهُوَ أَجِيرٌ مُشْتَرِكٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَهَى عَمَلُهُ بِمُدَّةٍ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَاجَرَ نَفْسَهُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ مِنْ غَيْرِهِ .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٦٠/ق] .

(٢) وقع بالأصل: «العمل من الواحد» ، وفي الأجير المشترك وأجير الواحد . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«لج» ، و«لغ» ، و«لس» .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٢٨٧/ق] .

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢] ، «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٦٠/ق] ، «الفقه النافع» [١١٢٣/٣] ، «حاشية الشلبي على تبیین الحقائق» [١٣٤/٥] .

فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا.

وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، وَقَالَا: يَضْمَنُ إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا)، أي: من حيثُ إِنْ منافعُه لم تَصِرْ مستحقةً لواحدٍ يُسَمَّى هذا الأجيرُ أجيرًا مشتركًا.

قَوْلُهُ: (وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وهذا [٥١٢/٢هـ] لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مختصره»^(١)، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمته الله.

قال الكرخي في «مختصره»: «فإذا سُلِّمَ إليه ما اسْتُؤْجِرَ عليه وقَبِضَهُ؛ فهو أمانةٌ في يَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رحمته الله، وهو قولُ حمادِ بْنِ أَبِي سُلَيْمَانَ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمته الله: هو مَضْمُونٌ عليه بالقَبْضِ، إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ، أو تَلَفَ بوجهٍ من الوجوه؛ ضَمِنَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ شَيْءٍ [٣٣٣/٦م] غَالِبٍ لَا يَتَحَفَّظُ مِنْ مِثْلِهِ، مثل: حريقٍ غَالِبٍ، أو عدوٍّ مُكَابِرٍ، أو سارقٍ كَذَلِكَ»^(٢). إلى هنا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ فِي «مختصره».

وعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: يَدُ الْأَجِيرِ يَدُ أَمَانَةٍ عَلَى الْأَصَحِّ، وفي قولٍ آخَرَ عَنْهُ: يَدُ ضَمَانٍ، وقولٍ ثالثٍ: أَنَّ يَدَ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ يَدُ ضَمَانٍ، بخلافِ الْمُعَيَّنِ لِلْعَمَلِ كَذَا فِي «وجيزهم»^(٣).

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: مَا رُوِيَ فِي «شرح الكافي»: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رحمته الله: «كَانَ يَضْمَنُ الصَّنَاعَ مَا أَفْسَدُوا مِنْ مَتَاعِ النَّاسِ، أَوْ ضَاعَ عَلَى أَيْدِيهِمْ»^(٤).

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥٩].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٤٧/٦].

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٤٣٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رحمته الله به.

لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ عليهما السلام أَنَّهُمَا كَانَا يَضْمَنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ؛
وَلِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لَا يُمَكِّنُهُ الْعَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبِ يُمَكِّنُ
الِاخْتِرَازَ عَنْهُ كَالْعَضْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ
بِأَجِيرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِخْتِرَازَ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ
وغيرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛

غاية البيان

وَرُوِيَ فِي «شرح الكافي» أيضاً: أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يُضْمَنُ الْخِيَّاطَ وَالْقَصَّارَ^(١)،
وَمِثْلَ ذَلِكَ مِنَ الصُّنَّاعِ احتياطاً للناسِ أَنْ يُضَيِّعُوا أَمْوَالَهُمْ، وَهَذَا كَانَ مِنْ رَأْيِهِ بَدِيًّا^(٢)،
ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ. كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي أَوَّلِ «كِتَابِ الْإِجَارَاتِ».
وَلِأَنَّ الْحِفْظَ يَجِبُ عَلَيْهِمْ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ كَالْعَمَلِ، ثُمَّ الْعَمَلُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ،
وَلِهَذَا يُضْمَنُ مَا جَنَّتْ يَدُهُ كَالدَّقِّ، فَكَذَا الْحِفْظُ، بِخِلَافِ أَجِيرِ الْوَحْدِ، فَإِنَّهُ لَا
يُضْمَنُ مَا جَنَّتْ يَدُهُ أَيْضاً؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ النَّفْسِ لَا الْعَمَلِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: مَا رَوَى مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي كِتَابِ «الْآثَارِ»: «عَنْ أَبِي
حَنِيفَةَ عَنْ حَمَادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ: أَنَّ شَرِيحًا لَمْ يُضْمَنْ أَجِيرًا قَطُّ»^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ
كِتَابِ «الْآثَارِ»، وَكَانَ حُكْمُ شُرَيْحٍ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ عليهم السلام مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ،
فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

وَرَوَى مُحَمَّدٌ رحمته الله أَيْضاً فِي كِتَابِ «الْآثَارِ» أَيْضاً: عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله عَنْ

(١) أَخْرَجَهُ: ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ [رقم/٢١٠٥١]، وَمِنْ طَرِيقِهِ ابْنُ حَزْمٍ فِي «المحلّى» [٢٠٢/٨]، وَابْنُ بَيْهَقٍ
فِي «السنن الكبرى» [١٢٢/٦]، عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ «كَانَ يُضْمَنُ الْقَصَّارَ وَالصَّوَّاعَ، وَقَالَ: لَا يُضْلِحُ
النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ».

(٢) التَّبْدِيءُ: الْأَوَّلُ مِنَ الشَّيْءِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ: أَفْعَلْ هَذَا بَادِيَّ بَدِيٍّ، أَي: أَوَّلُ كُلِّ شَيْءٍ. يَنْظُرُ: «النِّهَايَةُ
فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ» لِابْنِ الْأَثِيرِ [١٠٩/١] مَادَّة: بَدَا.

(٣) أَخْرَجَهُ: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْآثَارِ» [٦٦١/٢]. عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ بِإِسْنَادِهِ بِهِ.

لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضْمَنْهُ كَمَا فِي الْمَغْضُوبِ ، وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَلِهَذَا لَا يُقَابِلُهُ الْأَجْرُ ، بِخِلَافِ الْمُودِعِ بِأَجْرٍ ؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الْأَجْرُ .

غاية البيان

بِشْرِ أَوْ بِشِيرٍ - شَكَّ مُحَمَّدٌ - عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ : « أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عليه السلام : كَانَ لَا يُضْمَنُ الْقَصَّارَ ، وَلَا الصَّائِغَ ، وَلَا الْحَايِكَ ^(١) ، وَلِأَنَّ ^(٢) الْعَيْنَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، وَالْأَمِينُ لَا يُضْمَنُ بِلَا خِيَانَةٍ ، فَلَا يُضْمَنُ ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ هُوَ الْعَمَلُ ، لَا الْحِفْظُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجِبُ الْأَجْرُ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ دُونَ الْحِفْظِ ، فَكَانَ الْعَمَلُ مَضْمُونًا دُونَ الْحِفْظِ إِلَّا أَنَّ الْعَمَلَ لَا يَكُونُ بِلَا حِفْظٍ ، فَتَبَتَ وَلَايَةُ الْحِفْظِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَجِبَ الْحِفْظُ .

وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ قَبَضَهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا ، لَا عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ وَالْوَثِيقَةِ ، فَلَا تَكُونُ مَضْمُونَةً كَالْوَدِيعَةِ ، وَلِأَنَّ قَبْضَهُ لَوْ تَعَلَّقَ بِهِ الضَّمَانُ ، لَاسْتَوَى فِيهِ مَا يُمَكِّنُ دَفْعَهُ ، وَمَا لَا يُمَكِّنُ دَفْعَهُ كَالْغَاصِبِ .

وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام قِيَاسٌ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، وَهَلَاكُ الْأَمَانَةِ مِنْ غَيْرِ صُنْعٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ ، وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ .

وَوَجْهُهُ : أَثَرُ عُمَرَ عليه السلام ، قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي « شَرْحِ الْكَافِي » قُبِيلَ بَابِ الرَّجُلِ يَسْتَضَعُّ الشَّيْءَ : « كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ مُخْتَلَفًا فِيهَا بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ عليهم السلام ، فَأَبُو حَنِيفَةَ رَجَعَ [١/٣٣٤/٦] أَقْوَالَ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ .

ثُمَّ عِنْدَهُمَا : إِذَا ضَمَّنَهُ ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ مَقْصُورًا ، وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ ؛

(١) أَخْرَجَهُ : أَبُو يُونُسَ فِي « الْأَثَارِ » [ص/١٥٨] ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي « الْأَثَارِ » [٢/٦٦١] . عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ بِإِسْنَادِهِ بِهِ .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «لَأَنَّ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

وَمَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ ، كَتَخْرِيقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ ، وَزَلَقِ الْحَمَّالِ ، وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ
الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحِمْلَ ، وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ .

غاية البيان

لأنه قد سَلَّمَ العمل إلى المالك ، وحدثت بفعله زيادة في الثوب ، فكان عليه
الأجر ، وعلى الأجير ضَمَانُ الزيادة مع الأصل ، وإن شاء ضَمَّنَه قِيَمَةَ الثوب ، ولم
يَأْخُذْ أَجْرَ الْقَصَارَةِ ؛ لأنه هَلَكَ المحلُّ قَبْلَ وصولِ العملِ إلى يدِ المُستأجرِ حقيقةً ،
فَأُشِبَّ هَلَكَ المبيعِ [٥١٢/٢] قَبْلَ القبضِ . كذا في «شرح الكافي» ، في باب متى
يَجِبُ الأجرُ للعامل .

وقال أيضاً فيه في باب ما يَضْمَنُ فيه الأجيرُ : «قال أبو حنيفة : إن هَلَكَ الثوبُ
عندَ القَصَّارِ ؛ فلا ضَمَانَ عليه ، وهو مُؤْتَمَنٌ بعد أن يَخْلِفَ ، وكذلك لو سُرِقَ ،
وكذلك جميعُ العُمَّالِ ؛ لانعدامِ الجناية منه ، وعندهما : يَضْمَنُ ؛ لأنه يَدْخُلُ في
ضمانه بالعقد ، وإن لم يَتَحَقَّقْ منه جناية» .

قوله : (وَمَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ ، كَتَخْرِيقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ ، وَزَلَقِ الْحَمَّالِ ، وَانْقِطَاعِ
الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحِمْلَ ، وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) ، هذا
لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره» ، وتماثفه فيه : «إلا أنه لا يَضْمَنُ بهِ بني آدمَ مَن
غَرَقَ في السفينة ، أو سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ» ^(١) . قال صاحبُ «الهداية» رحمه الله : (وإن كان
بِسَوْقِهِ وَقُوْدِهِ) .

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرخيُّ رحمه الله في «مختصره» : «وأجمع أبو حنيفة وأبو
يوسف ومحمد وابنُ أبي ليلى : أنه مَضْمُونٌ بالعملِ الذي يَأْخُذُ عليه الأجرُ ، فيَضْمَنُ
القَصَّارُ ما تَخَرَّقَ مِنْ دَقِّهِ ، أو مِنْ مَدِّهِ ، أو مِنْ غَمَزِهِ ، أو بَسَطِهِ ، وكذلك الصَّبَّاغُ في
ذلك كله .

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٢] .

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ
بِنَوْعِيهِ الْمَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الْوَحْدِ وَمُعَيَّنِ الْقَصَارِ. وَلَنَا: أَنَّ الدَّاخِلَ
تَحْتَ الْأَذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْعَمَلُ الْمُضْلِحُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَسِيلَةُ

﴿هَآئِةُ الْبَيَانِ﴾

وَيُضْمَنُ أَيْضًا فِي طَبْعِ الثَّوبِ، إِنْ كَانَ مِمَّا يُطْبَخُ، وَكَذَا الْمَلَّاحُ يَضْمَنُ مَا
كَانَ مِنْ مَدَّةٍ أَوْ حَدْفَةٍ، أَوْ [مَا] ^(١) يُعَالَجُ بِهِ السَّفِينَةُ لِلسَّيْرِ، وَكَذَلِكَ الْحَمَّالُ إِذَا سَقَطَ
مَا حَمَلَهُ مِنْ رَأْسِهِ، أَوْ يَدِهِ، أَوْ عَثَرَ فَسَقَطَ مَا مَعَهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْجَمَّالُ
وَالْمُكَارِي إِذَا كَانَ مِنْ سَوْقِهِ أَوْ قَوْدِهِ، أَوْ انْقَطَعَ الْحَبْلُ الَّذِي شَدَّهُ عَلَى الْمَتَاعِ فَسَقَطَ
الْمَتَاعُ وَفَسَدَ، كُلُّ هَؤُلَاءِ يَضْمَنُونَ مَا يَفْسُدُ بِهِ الْمَتَاعُ مِنْ فسادٍ يَلْحَقُهُ مِنْهُ عِنْدَ حَمْلِهِ
سَفِينَتِهِ، أَوْ بِسَوْقِهِ لِدَابَّةٍ عَلَيْهِ الْمَتَاعُ أَوْ قَوْدِهِ.

وَقَالَ حَمَادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ وَزُفَرٌ وَالْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ رضي الله عنه: هُوَ مُؤْتَمَنٌ فِي ذَلِكَ
لَا يَضْمَنُ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى كَمَا يَضْمَنُ الْمُودَعُ إِذَا تَعَدَّى، وَلَا يَضْمَنُ مَا كَانَ مِنْهُ مِنْ
عَمَلِهِ الْمُسْتَأْجَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِيهِ ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رضي الله عنه.

وَقَالَ الشَّيْخُ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ»: «قَالَ عَلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ
رضي الله عنهم: الْأَجِيرُ الْمَشْتَرِكُ يَضْمَنُ مَا جَنَّتْ يَدُهُ اسْتِحْسَانًا.

وَالْقِيَاسُ: أَلَّا يَضْمَنَ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رضي الله عنه ^(٣).

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ: إِذَا دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ بِأَجْرِ [٦/٣٣٤ ظ/م]، فَدَقَّ دَقًّا

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) لَعَلَّ كَلَامَ الْكَرْخِيِّ اخْتَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ؛ بِدَلَالَةِ أَنَّ الشُّلْبِيَّ فِي حَاشِيَتِهِ عَلَى «تَبْيِينِ الْحَقَائِقِ»
[١٣٥/٥] سَاقَ النِّصَّ كَامِلًا.

(٣) فِي تَضْمِينِ الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ قَوْلَانِ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ، وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ. يَنْظُرُ: «الْحَاوِي
الْكَبِيرُ» لِلْمَاوَرِدِيِّ [٤٢٦/٧]. وَ«التَّهْذِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلْبَغَوِيِّ [٤٦٧/٤]. وَ«المَهْذَبُ
فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلشَّيرَازِيِّ [٢٦٧/٢]. وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ [٢٢٨/٥].

إِلَى الْأَثَرِ وَهُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّى لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الْغَيْرِ يَجِبُ الْأَجْرُ فَلَمْ يَكُنِ الْمُفْسِدُ مَأْذُونًا فِيهِ، بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمَكِّنُ تَقْيِيدَهُ بِالْمُضْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَأَمَكَّنَ تَقْيِيدَهُ.

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

المثل، وتخرق الثوب^(١). إلى هنا لفظ العالم رحمه الله.

وقال أيضاً في «التحفة»: «ولو تخرق بدق أجير القصار، لا ضمان عليه، ولكن يجب الضمان على الأستاذ؛ لأن عمله ينتقل إليه كأنه فعله بنفسه»^(٢).

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبجاني رحمه الله في «شرح الكافي»: «وإذا دق أجير القصار ثوباً، فخرقه فضمانه على الأستاذ دون الأجير؛ لأننا نقلنا فعله إلى الأستاذ، فكان الضمان عليه.

ولو وطئ الأجير على ثوب القصار ممّا لا يوطأ عليه فخرقه؛ كان ضمانه عليه خاصة؛ لأنّه ليس بمأذون فيه، فاقصر الإتلاف عليه، وإن كان ممّا يوطأ؛ فلا ضمان عليه؛ لأنّه مأذون في وطئه، ولو وطئ القصار ثوباً ودبّعه عنده فتخرق؛ كان ضامناً له، وإن كان ممّا يوطأ إذا لم يكن أدن له في بسطه ووطئه؛ لأنّه أتلفها بغير أمر، فيضمن». كذا في «شرح الكافي».

وجه قول زفر رحمه الله: أنّه عمل مأذون فيه، ولا يضمن ما تولّد منه، كالبزّاغ^(٣)، والفصاد، والختان، وأجير الوحد، والمعيّن، وتلميذ القصار.

وجه قولنا: أنّه أتلف مال الغير بغير إذنه فيضمن، وهذا لأنّ العقد ورد على

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٧].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٥٣].

(٣) البزّاغ: هو الذي يتزوّج الدم بالمشروط ليستخرج الفاسد منه، كما يفعل الحجام. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا نَذَرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ
فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ.

إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ خَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ
كَانَ سُوقِهِ وَقُودِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانَ الْآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا
[١٢١/٢] يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَضَمَانَ الْعُقُودِ لَا يَتَحَمَّلُهُ
الْعَاقِلَةُ.

غاية البيان

العمل المصلح، لا المفسد، فإذا فسد من عمله ضمن؛ لأنه لم يتناول الإذن؛ لأنه
أمره بالقصارة، والتخريق [أو التحريق] ^(١) لا يسمى قصارة، فصار كما إذا خرقه
قبل [٥١٣/٢] العقد.

بخلاف البزاع والفصاد والختان: فإن العقد ورد على فعل هو جرح، وصفة
السلامة والبزء ليست بداخلة تحت العقد؛ لأن ذلك ليس في وسعه، فلم يلزم
الضمان إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد، وهاهنا الدق المزين في وسعه، والتخريق
من غفلته وجهله، فافترقا.

وبخلاف أجير الوحد؛ فإن المعقود عليه المنفعة لا العمل، ولهذا يستحق
الأجير بتسليم النفس في المدة، وإن لم يعمل، فلم يوجد منه التزام سلامة العمل
لا محالة، فلم يلزمه الضمان، والمعقود عليه في الأجير المشترك: العمل، ولهذا لا
يستحق الأجر ما لم يوجد العمل، فإذا لم يسلم العمل بفساد المعقود عليه؛ لزمه
الضمان، وبخلاف المعين فإنه واهب لعمله، والهيئة لا تقتضي وصف السلامة.

فأما تلميذ القصار: فهو أجير وحد أو معين، ولا ضمان على واحد منهما
لما قلنا، ويجب على الأستاذ؛ لأن العمل مضاف إليه، ولهذا يستوجب الأجر

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

قَالَ: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الْفُرَاتِ ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ بِحِسَابِهِ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

بِعَمَلِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْأُسْتَاذَ عَمَلَ بِيَدِ التَّلْمِيزِ .

وَأَمَّا لَمْ يَلْزَمْ الضَّمَانُ إِذَا غَرِقَ إِنْسَانٌ فِي السَّفِينَةِ ، أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْأَدَمِيِّ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْجُنَايَةِ ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ [١/٣٣٥/٦] لَيْسَ بِجُنَايَةٍ ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ ، قِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ مَمَّنْ يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ ، وَيَرْكَبُ وَحْدَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْمَتَاعِ .

وَالصَّحِيحُ: عَدَمُ الْفَرْقِ ، هَكَذَا رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه فِي الرَّضِيعِ .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الْفُرَاتِ ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ بِحِسَابِهِ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ بِقِرَاطٍ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الْفُرَاتِ إِلَى مَنْزِلِهِ ، فَلَمَّا بَلَغَ بَعْضَ الطَّرِيقِ ؛ وَقَعَ مِنْهُ فَانْكَسَرَ ، قَالَ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي انْكَسَرَ ، وَأَعْطَاهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِسَابِ ذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ فِيهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ» ^(١) .
إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَأَمَّا وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْفُرَاتِ ؛ لِأَنَّ الدَّنَانَ الْجَدِيدَةَ كَانَتْ تُبَاعُ هُنَالِكَ . كَذَا

(١) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [٤٤٨/ص] .

هـاية البيان

قال الإمام العتّابي رحمته الله، وأصله: أن الأجير المشترك يضمن ما جنت يده عندنا خلافاً لِرُفَرِّ والشافعي رحمته الله؛ لأنه مأذون في عمله، فلا ضمان عليه كأجير الوحد. ولنا: أن الإذن في العمل المصلح لا المفسد، فيضمن كما قبل العقد، وقد مرّ تمام البيان قبل هذه المسألة.

قال في «شرح الطحاوي»: «ولو زحّمه الناس حتى انكسر؛ فإنه لا يضمن بالإجماع؛ لأنّ ذلك بمنزلة الحرق الغالب والغرق الغالب، ولو أنّه هو الذي زحّم الناس حتى انكسر؛ فإنه يضمن بالإجماع»^(١). إلى هنا لفظ «شرح الطحاوي».

ثمّ لصاحب المتاع الخيار في التضمين: إن شاء ضمّنه قيمته في الموضع الذي انكسر، وأعطى أجر الحمال بحساب ذلك القدر؛ لأنه استوفى بعض عمله، وإن شاء ضمّنه قيمته في الموضع الذي وقع عليه عقد الإجارة، ولا أجر للحمال؛ لأنه فسّخ عمله.

قال الفقيه أبو الليث رحمته الله في «شرح الجامع الصغير»: «ذكر عن بشر أنّه قال: هذا مذهبهما، فعلى قول أبي حنيفة رحمته الله: يتبغى ألا يضمنه إلا في الموضع الذي انكسر فيه خاصة؛ لأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ الشيء لا يكون مضموناً على الأجير المشترك إلا أن يهلك من عمله، وإذا وجب عليه الضمان بعمله؛ وجب أن يضمنه في ذلك الموضع خاصة».

ثمّ قال الفقيه: «ولكن يُقال: هذا على أصل أبي حنيفة [٥١٣/٢] صحيح؛ لأنّ الضمان وإن وجب بعمله، فإنما وجب عليه بسبب عقد متقدّم، ولولا ذلك العقد لا يجب عليه الضمان، فلمّا ثبت أن الضمان وجب عليه بالعقد».

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٨٨].

أما الضمان فلَمَّا قلنا، وَالسَّقُوطُ بِالْعَثَارِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الْحَبْلِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الْخِيَارُ فَلِأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالْحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعْدِيًّا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. وَلَهُ وَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الْحِمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعْدِيًّا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعْدِيًّا عِنْدَ الْكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْوَجْهَيْنِ شَاءَ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

غاية البيان

فَلَمَّا هَلَكَ مِنْ عَمَلِهِ وَجَبَ [١/٣٣٥ ظ/م] الضَّمَانُ بِذَلِكَ الْفِعْلِ مُسْتَنَدًا إِلَى الْعَقْدِ، فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ بِالْعَقْدِ فِي أَوَّلِ مَا حَمَلَ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ هُوَ السَّبَبُ الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي انْكَسَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي الْحَقِيقَةِ بِالْعَمَلِ.

قوله: (فَلَمَّا قلنا)، إشارة إلى قوله: (وَلَنَا: أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ الْعَقْدِ، وَهُوَ الْعَمَلُ الصَّالِحُ).

قوله: (وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي)، أي: فيما إذا ضَمَّنَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ^(١).

قوله: (وَفِي الْأَوَّلِ)، أي: وفي الوجه الأول. أي: فيما إذا ضَمَّنَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ.

قال في «شرح الطحاوي»: «والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعمامة فما تلف من سوقه وضربه إياها، بخلاف العادة فإنه يضمن؛ لأنه من جنابة يده».

وإذا ساق الدواب على الشُّرْعَةِ^(٢)، فازدحمَت على القنطرة ودفعت بعضها

(١) وقع بالأصل: «في الموضع المنكسر». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س».

(٢) الشُّرْعَةُ: هو الطريق الذي يشرع فيه الناس. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [١/٤٣٩].

قَالَ: وَإِذَا فَصَدَ الْقَصَادُ، أَوْ بَزَغَ الْبَزَاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: بِبَطَارٍ بَزَغَ دَابَّةً بِدَانِي تَنَفَّقَتْ أَوْ حَجَّامٍ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

نهاية المسار

مَعْصَاً فَسَقَطَتْ فِي الْمَاءِ وَعَطِبَتْ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جَنَابَةِ يَدِهِ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لَتَرَعَى غَنَمِي خَاصَّةً مَدَّةً مَعْلُومَةً، فَهَذَا أَجِيرُ الْوَحْدِ.

وَقَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى»: «الرَّاعِي إِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ رَعْيُ الْأَوْلَادِ الَّتِي تَحْدُثُ، فَإِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ يَجُوزُ، وَفِي أَجِيرِ الْوَحْدِ يَجِبُ عَلَيْهِ رَعْيُ الْأَوْلَادِ»^(١).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا فَصَدَ الْقَصَادُ، أَوْ بَزَغَ الْبَزَاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلِكَ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ قَالَ لِلْبَيْطَارِ: ابْزَغْ دَابَّتِي هَذِهِ بِدَانِي، فَفَعَلَ وَمَاتَتْ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ»^(٣).

وَقَالَ أَيْضًا: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ قَالَ لِحَجَّامٍ: احْجُمْ عَبْدِي هَذَا بِدَانِي، فَحَجَمَهُ فَمَاتَ؛ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ»^(٤). إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ لَضَعْفِ الطَّبِيعَةِ، وَذَلِكَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَكُنِ التَّحَرُّزُ فِي وَسْعِهِ، فَلَوْ كَانَ عَمَلُهُ مُقَيَّدًا بِشَرِطِ السَّلَامَةِ؛ لَتَقَاعَدَ النَّاسُ عَنْ هَذَا الْعَمَلِ، وَاخْتَلَتْ حَوَائِجُهُمْ، فَلِهَذَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للمصدر الشهيد [ق/١٤٢].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٢].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٤٩].

(٤) ينظر: المصدر السابق.

هـاية البيان

بخلاف ما إذا هلك من عمل القصار ونحوه؛ لأن ذلك من خرقه، أو تقصيره؛ لأن في وسعه الإتيان بالعمل المصلح دون المفسد، وذلك لأن الفساد إما أن يكون لخرق في العمل بالدق، لا على الوجه الذي يحتمله الثوب، أو لخشونة في المدقة، أو لخلل في الثوب، بأن كان فيه حصاة، أو فساد طي وغير ذلك.

والرجل إذا كان بصيراً في صناعته، يُمكن التحرُّز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الخلل والمراقبة بالدق، فإذا كان ذلك ممكناً، والمستأجر ما رضي [٢/٣٣٦/٦] إلا بهذا الشرط؛ انتفى الإذن بالفساد ضرورة، ولأنه لا يعلم أن الهلاك حصل بفعل الفصاد، أو الحجام إذا لم يتجاوز [به] ^(١) الموضع المعتاد؛ لأنه فعل ما فعل بالإذن، ولم يوجد من جهته سبب يوجب الضمان، بخلاف ما إذا تجاوز الموضع المعتاد، حيث يضمن؛ لأنه فعل غير مأذون فيه.

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي»: «وإذا حجم الحجام بأجر، أو بزغ البيطار، أو ختن الختان بأجر فمات من ذلك؛ فلا ضمان عليهم ما لم يخالفوا» ^(٢).

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمته الله في «شرح الكافي» في تعليقه: «لأن العقد انعقد على عمل هو إفساد في نفسه، وهو الشق والجرح، فكان مأذوناً فيه، فلا يضمن، بخلاف القصار؛ لأن العقد انعقد على فعل [٥١٤/٢] مزين مصلح فافترقا، وإن فعلوا بغير أمر ضمنا».

وقال في «الفتاوى الصغرى» و«التتمة» ^(٣): «البراغ والفصاد والحجام والختان: لا يضمنون بسراية فعلهم، وهي معروفة، فإن قطع الختان بعض الحشفة؛ يضمن

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٢٤٥/ق].

(٣) من هنا بدأ النقل من «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٣/ق].

غاية البيان

حكومة عدل، فإن قطع الحشفة كلها، ففيها كمال الدية، لكن إنما يجب كمال الدية في كل الحشفة إذا لم تتصل به السراية.

أما إذا سرى فمات: ففيه نصف الدية؛ لأنه إذا مات فالتلف حصل بفعلين: قطع الجلد، وقطع الحشفة، وأحدهما مأذون فيه، وهو قطع الجلد، والثاني لا، فينصف الضمان، أما إذا برأ: فقطع الجلد مأذون فيه، وصار كأن لم يكن، وقطع الحشفة غير مأذون، فوجب ضمان الحشفة كاملاً، وهو الدية.

فإن قيل: قطع الحشفة في الإفضاء إلى التلف فوق قطع الجلد؛ بدليل شرعية هذا دون ذلك، فلا يسوئ بينهما، كما في قطع اليد ونحوه مع حرز الرقبة.

قلنا عنه جوابان:

أحدهما: لم قلتم إن قطع الحشفة فوق قطع الجلد في الإفضاء؟ والتفاوت^(١) في المشروعية إنما كان لتعلق المنفعة بقطع الجلد دون قطع الحشفة، ألا ترى أن خدش الجلد أو قرصها ليس بمشروع، وقطعها مشروع، ثم هل لقائل أن يقول: خدش الجلد أو قرصها فوق قطعها في الإفضاء إلى التلف.

والثاني: إن كان كما زعمتم لكنهما من جنس واحد، بمعنى: أن كل واحد منهما يحتمل أن يقع إتلافاً، ويحتمل ألا يقع، والتفاوت فيما بين هذين الفعلين لا يعتبر؛ لأنه لا يمكن ضبطه، بخلاف حرز الرقبة مع قطع اليد؛ لأن الحرز لا يحتمل ألا يقع إتلافاً، وقطع اليد محتمل، فكانا جنسين مختلفين، فاعتبر ما بينهما من التفاوت ولم يسو بينهما.

فإن قيل: إذا قطع رجل يد غيره من الرأس، ثم جاء آخر وقطع من المرفق،

(١) وقع بالأصل: «والتقارب». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «لغ»، «س».

قائمة المسائل

فماتَ المقطوعُ يده ، فمُوجِبُ النفس - قصاصاً وديةً - إنما يَجِبُ على الثاني عندكم ، وعلى قياسِ ما ذكرْتُمْ: يَجِبُ أن (١/٣٣٦/٦) يَكُونَ عليهما سواءً.

قلنا: الفعلانِ وإنْ تجانسا فيما ذكرنا ، فإنما يُسَوَّى بينهما إذا كانَ الفعلُ الثاني لَا يُفَوِّتُ محلَّ الفعلِ الأولِ ، كما لو قطعَ أحدهما يده ، والآخرُ قطعَ رِجله ، أو قطعَ يده الأخرى.

أمّا إذا فَوِّتَ الفعلُ الثاني محلَّ الفعلِ الأولِ كما فيما ذكرْتُمْ مِنَ الصورةِ فلا ؛ لأنَّ الفعلَ الأولَ إذا فاتَ محله ؛ فاتَ بفواتِ محله ، فصارَ كفواتِهِ مَعْنَى بالبُرءِ بَلْ أَوْلَى ؛ لأنَّ البُرءَ يُحْتَمَلُ النقصُ ، وفي فواتِ المحلِّ لا .

وإذا فاتَ الفعلُ الأولُ بالثاني ؛ لَمْ يَكُنْ للأولِ عِبرةً ، كما لو برأَ الأولُ فأُضيفَ التلفُ إلى الثاني ، فَوَجَبَ الضَّمَانُ على صاحبه ، بخلافِ ما لو لَمْ يَفُتْ الفعلُ الأولُ بالثاني ، وهاهنا قطعُ الجلدِ وقَطْعُ الحَشْفَةِ لَا يُفَوِّتُ محلَّ أحدهما بالآخرِ ، فيَبْقَى الأولُ مع الثاني ، فأمكنَ اعتبارُهما ، فيُعْتَبَرُ كُلُّ واحدٍ منهما ، وكذلك كُلُّ جرحَيْنِ لَا يُفَوِّتُ محلَّ أحدهما بالآخرِ ، فإنهما يُعْتَبَرانِ جميعاً»^(١).

وقالَ في «الفتاوى الصغرى» و«التتمة» أيضاً: «إذا شرطَ على الحَجَّامِ والتَّبَزَّاعِ العملَ على وَجْهِ لَا يَسْرِي ؛ لَا يَصِحُّ هذا الشرطُ ؛ لأنَّه ليسَ في وَسْعِهِ ذلكَ ، ولو شرطَ على القَصَّارِ العملَ على وَجْهِ لَا يَتَخَرَّقُ صَحٌّ ؛ لأنَّ في وَسْعِهِ ذلكَ . نصَّ شيخُ الإسلامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ في بابِ ما يَضْمَنُ الأَجِيرُ»^(٢).

وبزَغَ البَيْطَارُ الدَّابَّةَ: إذا شرطَ قوائمه ، والحديدَةُ التي يفعلُ بها ذلكَ المَبَزَّغُ ،

(١) إلى هنا انتهى النقل من «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٤/ق].

(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٤٥/ق].

وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعِبَارَتَيْنِ نَوْعٌ بَيَانٌ .

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنِ السَّرَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَنِي عَلَى قُوَّةِ الطَّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحْمِلِ الْأَلَمِ فَلَا يُمَكِّنُ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلِحِ مِنَ الْعَمَلِ ، وَلَا كَذَلِكَ دَقُّ الثُّوبِ وَمَنْحُوهُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثُّوبِ وَدِقَّتَهُ ^(١) تُعَرَّفُ بِالِاجْتِهَادِ فَأَمَكَّنَ الْقَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ .

قَالَ: وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ ، كَمَنْ أُسْتُؤِجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعْيِ الْغَنَمِ وَإِنَّمَا يُسَمَّى أَجِيرًا وَحْدًا ؛

غاية البيان

وَهُوَ مِنْ بَابٍ فَتَحَ .

وَالْبَطْرُ: الشَّقُّ فِي جِلْدٍ أَوْ غَيْرِهِ ، يُقَالُ: بَطَرْتُ الْجِلْدَ أَبْطَرُهُ وَأَبْطَرُهُ بَطْرًا ، وَهُوَ أَصْلُ بِنَاءِ الْبَيْطَارِ ، وَقَالُوا: رَجُلٌ بَيْطَرُ وَيَبْطَرُ وَمُبَيْطَرٌ ، وَكُلُّهُ رَاجِعٌ إِلَى ذَلِكَ . كَذَا فِي «الْجُمُهرَةِ» ^(٢) .

قَوْلُهُ: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعِبَارَتَيْنِ نَوْعٌ بَيَانٌ) ؛ لِأَنَّ فِي عِبَارَةِ الْقُدُورِيِّ ﷺ [١٤/٣٥١ ط] قَالَ: «وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمَعْتَادَ» ^(٣) ، فَعَلِمَ مِنْ ذَلِكَ: أَنَّهُ إِذَا تَجَاوَزَ يَصْغُرُ .

وَقَالَ فِي عِبَارَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «ابْتَزَّ دَائِبَتِي وَاحْجُمْتُ عَبْدِي» ^(٤) ، فَعَلِمَ: مِنْ ذَلِكَ الْإِذْنَ ، فَلَوْ فَعَلَ بَلَا إِذْنٍ ضَمِنَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمَعْتَادَ .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ ، كَمَنْ أُسْتُؤِجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعْيِ الْغَنَمِ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «لَخ: وَرَقَّتْ» .

(٢) يَنْظُرُ: «جُمُهرَةُ اللُّغَةِ» لِابْنِ دُرَيْدٍ [٣١٥/١] .

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠٢] .

(٤) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤١٦] .

لأنَّه لَا يُمكنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي المُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ والأَجْرُ مُقَابِلٌ بِالمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ.

قَالَ: وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلَفَ فِي يَدِهِ، وَلَا مَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ.....

غاية السبيل

في «مختصره»^(١).

وقوله: (وَالأَجِيرُ الخَاصُّ)، عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ: (فَالْمُشْتَرِكُ مِنْ لَا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ)، عِنْدَ قَوْلِهِ: (الأَجْرَاءُ عَلَى صَرَبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرِكٌ. وَأَجِيرٌ خَاصٌّ)، وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَاصًّا؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ صَارَتْ مُسَلِّمَةً إِلَى المُسْتَأْجِرِ فِي المَدَّةِ المَعْقُودِ عَلَيْهَا، بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى غَيْرِهِ فِي تِلْكَ المَدَّةِ.

قوله: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلَفَ فِي يَدِهِ، وَلَا مَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ)، وَهَذَا لَفْظُ القُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(١).

أَمَّا مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ: كَمَا إِذَا ضَاعَ أَوْ سُرِقَ مَا اسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ، فَإِنَّمَا لَمْ يَضْمَنْهُ عَلَى [٢/٣٣٧/٦] أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله - لِأَنَّ قَبْضَهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ وَلَمْ يَخُنْ - وَعَلَى أَضْلِهِمَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي الأَجِيرِ المُشْتَرِكِ إِنَّمَا وَجَبَ عِنْدَهُمَا صِيَانَةٌ وَاحْتِيَاظًا لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّلَفِ اسْتِحْسَانًا لِيَزِيدَ فِي الحِفْظِ، وَالأَجِيرُ الخَاصُّ لَا يَتَسَلَّمُ العَيْنَ فِي العَادَةِ، بَلْ يَسَلِّمُ نَفْسَهُ، فَلَا يُشْتَرَطُ عَلَيْهِ سَلَامَةُ العَيْنِ، فَأُخِذَ فِيهِ بِالقِيَاسِ، وَهُوَ عَدَمُ الضَّمَانِ^(٢).

وَأَمَّا مَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ - كَالْفَسَادِ فِي الطَّبَخِ، وَالخُبْزِ، وَالتَّخْرِيقِ فِي الغَسْلِ وَنَحْوِ ذَلِكَ - فَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ فِيهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمَّا صَارَتْ مُسَلِّمَةً إِلَى

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٢].

(٢) ينظر: «الفقه النافع» [١١٢٤/٣]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢]، «بدائع الصنائع» [٧٣، ٧٢/٤]،

«تبيين الحقائق» [١٣٨، ١٣٧/٥].

غاية البيان

المُستأجر؛ صارَ عمله كعمله، فلم يضمن؛ لأنه صارَ نائباً منابه في العمل، فكان المُستأجرُ عملَ بنفسه ففسدَ.

ولأنَّ العملَ لما لم يكن معقوداً عليه - لأنَّ المعقودَ [عليه] ^(١) المَنفعة - لم يكن مضموناً عليه، فما تولدَ منه لا يكون مضموناً أيضاً إلا إذا تعمَّد الفساد، فحينئذٍ يضمنُ كالمودع، وهذا لأنه تعذرَ جعلُ المعقودِ عليه نفس العمل، أو وصف القِصارة؛ لأنَّا لو فعلنا ذلك لفسدَ العقد؛ لأنَّ صورةَ أجير الوحد: أن تكون المدة معلومةً.

وإذا كانَ كذلكَ فربَّما يُمكنُه تحصيلُ هذا العملِ في هذه المدة، وربَّما لا يُمكنُه، وربَّما يتأتَّى منه وصفُ القِصارة في هذه المدة، وربَّما لا يتأتَّى، فكانَ فيه جهالةٌ وغررٌ، وذلك مُفسدٌ للعقد، فجعلنا المعقودَ عليه مَنفعةَ الأجير؛ لأنها معلومةٌ مقدَّرةٌ بهذا الزمان.

والدليلُ على أنَّ المعقودَ عليه في الأجير الخاصِّ: المَنفعة، لا وصفُ القِصارة، وفي المشترك: وصفُ القِصارة: الأحكام.

منها: أنَّ في الأجير الخاصِّ إذا سلَّم النفس ولم يستعمله المُستأجرُ؛ يستحقُّ الأجر؛ لأنه سلَّم المعقودَ عليه، وهو المَنافع، وفي المشترك لا يستحقُّ الأجر؛ لأنه لم يسلم المعقودَ عليه، وهو وصفُ القِصارة.

ومنها: أنَّ في الخاصِّ لو استعانَ بغيره لا يستحقُّ الأجر؛ لأنه لم يسلم مَنافع نفسه، وفي المشترك يستحقُّ؛ لأنه سلَّم وصفُ القِصارة.

ومنها: أنَّ في الأجير الخاصِّ لو خاط، ثمَّ نقضَ الخِياطة؛ يستحقُّ الأجر؛ لأنه سلَّم مَنفعة النفس، وفي المشترك لا يستحقُّ؛ لأنه لم يسلم العملَ إلى المالك.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س».

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِهِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ نَوْعٌ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَالْأَجِيرُ الْوَحْدُ لَا يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالَ فَتَكُونُ [١٠١١] السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ . وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَحْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابُهُ فَصَارَ فِعْلُهُ مَنقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لَا يَضْمَنُهُ .

غاية البيان

كذا قال علاء الدين العالم السمرقندي في «طريقة الخلاف»^(١) .

قوله: (أَمَّا الْأَوَّلُ) ، أَرَادَ بِهِ: عَدَمَ الضَّمَانِ فِيْمَا تَلَفَ فِي يَدِهِ .

قوله: (وَأَمَّا الثَّانِي) ، أَرَادَ بِهِ: عَدَمَ الضَّمَانِ فِيْمَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ .

والله ﷻ أعلم وأحكم .

[هذا آخر الدفتر الرابع عشر من كتاب: «غاية البيان في شرح الهداية» قرع عنه مؤلفه العبد الضعيف الفقير إلى الله تعالى تصنيفاً: قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر العميدي الفارابي [١/٣٣٧ ط/م] الأتقاني .

ويُتْلَوُ فِي الدَّفْتَرِ الْخَامِسِ عَشْرَ بَعْوَنِهِ تَعَالَى: بَابُ الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ ، وَكَانَ الْفَرَاغُ الْيَوْمَ الْتَّاسِعَ مِنْ جُمَادَى الْأُولَى مِنْ سَنَةِ اثْنَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ وَسَبْعٍ مِثَّةٍ بِبَغْدَادَ فِي الْجَعْفَرِيَّةِ^(٢) ، عَمَّرَهَا اللَّهُ تَعَالَى بِفَضْلِهِ وَكَرَمِهِ^(٣) .

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٨] .

(٢) الْجَعْفَرِيَّةُ - مَنْسُوبَةٌ إِلَى جَعْفَرٍ -: مَحَلَّةٌ كَبِيرَةٌ مَشْهُورَةٌ فِي الْجَانِبِ الشَّرْقِيِّ مِنْ بَغْدَادَ . بَنَاهَا جَعْفَرُ الْمَتَوَكِّلُ ، وَنَقَلَ النَّاسَ إِلَيْهَا مِنْ: سُرٍّ مَنْ رَأَى ، وَأَرَادَ أَنْ تُنْسَبَ إِلَيْهِ وَيَكُونَ لَهُ بِهَا بَقَاءُ الدَّكْرِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن» ، «لَام» ، «وَج» ، «وَس» .

بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

قَالَ: وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوبَ فَارِسِيًّا، فَبَدِرْهُمْ، وَإِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا، فَبَدِرْهُمْ مِنْ جَارٍ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ عَمِلَ؛ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِهِ.

هَاجَةُ الْبَيَانِ

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

رَبِّ يَسِّرْ وَأَعِنْ يَا كَرِيمُ^(١)

بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

لَمَّا ذَكَرَ الْإِجَارَةَ عَلَى شَرْطٍ وَاحِدٍ بَدُونَ التَّعَلُّقِ بِشَرْطَيْنِ، وَذَكَرَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ مِمَّا كَانَ مُخَالَفًا [٥١٥/٢] لِمَقْتَضَى الْعَقْدِ: شَرَعَ هُنَا يَذْكُرُ الْإِجَارَةَ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ؛ لَكُونَ الْمُثْنَى بَعْدَ الْوَاحِدِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوبَ فَارِسِيًّا، فَبَدِرْهُمْ، وَإِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا، فَبَدِرْهُمْ مِنْ جَارٍ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ عَمِلَ؛ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِهِ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ»^(٣).

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: الْعَقْدَانِ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «و» وَ«س».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٣) وَهَذَا هُوَ لَفْظُ نَسْخَةِ الشَّهْرَكَانْدِيِّ (الْمَقْرُوءَةُ عَلَى أَكْمَلِ الدِّينِ الْبَابِرِيِّ) مِنْ «الْهُدَايَةِ» [ق/٢٣٠/أ] مَخْطُوطٌ مَكْتَبَةٌ فَيُضِلُّ اللَّهُ أَفَنْدِي - تَرْكِيبًا، وَاللَّفْظُ الْأَوَّلُ هُوَ الْمَثْبُوتُ فِي الْمَطْبُوعِ مِنْ «الْهُدَايَةِ» لِلْمَرْغِينَانِيِّ [٢٤٤/٣]. وَكَذَا فِي سَائِرِ النُّسخِ الْخَطِيَّةِ الَّتِي بَأْيَدِنَا.

وَكَذَا إِذَا قَالَ لَصَبَّاحٍ إِنَّ صَبَغْتَهُ بِعُضْفِرٍ فَبَدِرْهُمْ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبَدِرْهُمْ، وَكَذَا إِذَا خَيْرُهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بَأْنٌ قَالَ: أَجْرُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخُمْسَةٍ أَوْ هَذِهِ الدَّارَ الْآخَرَى بِعَشْرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيْرُهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بَأْنٌ قَالَ: أَجْرُكَ هَذِهِ الدَّابَّةُ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا، أَوْ إِلَى وَاسِطٍ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيْرُهُ بَيْنَ

غاية البيان

جميعاً فاسدان^(١)، وهو الظاهر من قول زفر^(٢).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا وَقَعَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ شَيْئَيْنِ، وَسُمِّيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْرًا مَعْلُومًا، فَذَلِكَ جَائِزٌ، كَرَجُلٍ قَالَ لِآخَرَ: قَدْ أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ بِخُمْسَةِ دَرَاهِمٍ، أَوْ هَذِهِ الْآخَرَى بِعَشْرَةٍ، أَوْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ فِي حَانُوتَيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ دَابَتَيْنِ، أَوْ فِي مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، فَقَالَ: قَدْ أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةُ إِلَى وَاسِطٍ بِكَذَا، أَوْ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا، فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ أَحَدِهِمَا، وَهُوَ مَعْلُومٌ فِي حَالٍ وَجُوبِهِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا فَقَالَ: إِنَّ خِطَّتَهُ فَارِسِيًّا؛ فَلَكَ دَرَاهِمٌ، وَإِنْ خِطَّتَهُ رُومِيًّا؛ فَلَكَ دَرَاهِمَانِ، أَوْ قَالَ لَصَبَّاحٍ: إِنَّ صَبَغْتَهُ بِعُضْفِرٍ؛ فَلَكَ دَرَاهِمٌ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ؛ فَلَكَ دَرَاهِمَانِ، فَذَلِكَ أَيْضًا جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ يَجِبُ بِالْعَمَلِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَتَمِّيزٌ عَنْ صَاحِبِهِ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «شَرْحِهِ»: «وَكَذَلِكَ إِنْ خَيْرُهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، فَإِنْ ذَكَرَ أَرْبَعَةً لَمْ يَجْزُ».

وَجَهْلُهُ قَوْلُهُمَا: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِلْحَالِ، فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ، كَالنِّكَاحِ وَبَيْعِ الْآبِقِ.

(١) ينظر: «التَهْدِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلْبَغَوِيِّ [٤/٤٢٩]. و«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ [٥/١٧٥].

(٢) ينظر: «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [ق/٦٢].

ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، وَإِنَّ خَيْرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ لَمْ يُجْزَ ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ الْبَيْعُ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِرَاطِ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي الْإِجَارَةِ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْعَمَلِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَصِيرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا ، وَفِي الْبَيْعِ يَجِبُ التَّمَنُّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَتَحَقُّقُ الْجَهَالَةِ عَلَى وَجْهِ لَا تَرْتَفِعُ الْمُنَازَعَةُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ .

غاية البيان

ولنا: أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ عَمَلَيْنِ مَعْلُومَيْنِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدَلٍ مَعْلُومٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ رَدَدْتَ عَبْدِي الْأَبْقَى مِنَ الْكُوفَةِ ؛ فَلَكَ دَرَاهِمٌ ، وَإِنْ رَدَدْتَ مِنَ الْبَصْرَةِ ؛ فَلَكَ دَرَاهِمَانِ ، وَلَئِنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ مَنْفَعَتَيْنِ ، يَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَقْدِ قِيَصُوحًا ، كَمَا قَالَ: إِنْ خِطَّتَ هَذَا الثَّوبَ ؛ فَبَدْرَاهِمٍ ، وَإِنْ خِطَّتَ [٦/٣٣٨م] هَذَا الثَّوبَ الْآخَرَ ؛ فَبَدْرَاهِمَيْنِ ، وَعَمَلُهُمَا سَوَاءٌ .

وهذا التعليل يتوجه على زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما الله جميعًا ، والتعليل على زُفَرٍ خاصةً: أَنَّ الْأَجْرَةَ عِنْدَنَا: لَا تَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ بِالْعَمَلِ ، فَإِذَا أَخَذَ فِي أَحَدِ الْعَمَلَيْنِ ؛ صَارَ الْبَدْلُ مَعْلُومًا عِنْدَ وَجُودِهِ ، فَجَهَالَتُهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَا تُؤَثِّرُ .

وقولُهما: بَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِلْحَالِ ، يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْ صَبْرَةٍ .

والمعنى فِي النِّكَاحِ: أَنَّهُ تُعْتَبَرُ فِيهِ الشَّهَادَةُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَعْيِينِ الْمَنْكُوحَةِ ، بِخِلَافِ الْفِرْعِ .

والمعنى فِي الْآيَةِ: أَنَّ طَرِيقَ تَعْيِينِهِ لَيْسَ بِفِعْلِهِ ، وَلَا تَحْتَ قُدْرَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَتَعَدَّرَ ، وَهَاهُنَا طَرِيقُ التَّعْيِينِ فِعْلُهُ ، وَهُوَ الْعَمَلُ ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ ، فَلِذَلِكَ صَحَّ .

قوله: (وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ الْبَيْعِ) ، يَعْنِي: إِذَا بَاعَ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ ، أَوْ أَحَدَ

وَلَوْ قَالَ: إِنْ خِطَّتُهُ الْيَوْمَ؛ فَبَدْرَهُمْ، وَإِنْ خِطَّتُهُ غَدًا؛ فَيَنْصَفِ دِرْهَمَ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ.

❦ هَایَةِ الْبَيَانِ ❦

الْأَثْوَابُ الثَّلَاثَةُ؛ جَازَ، وَإِذَا بَاعَ أَحَدَ الْأَثْوَابِ الْأَرْبَعَةِ؛ لَمْ يَجُزْ، فَكَذَا هُنَا فِي الْإِجَارَةِ إِذَا خَيْرُهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ؛ جَازَ، وَفِي الْأَرْبَعَةِ: لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا قَالَ: أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا، أَوْ إِلَى وَاسِطٍ بِكَذَا، أَوْ إِلَى الْبَصْرَةِ بِكَذَا جَازَ، فَإِنْ ذَكَرَ الرَّابِعَ وَقَالَ: أَوْ إِلَى شِيرَازَ بِكَذَا؛ لَمْ يَجُزْ.

وكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَنْوَاعِ الْخِيَاطَةِ وَالصَّبْنِ وَالزَّرَاعَةِ: جَازَ إِلَى الثَّلَاثَةِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِلْمُزَارِعِ: إِنْ زَرَعْتُهَا بغيرِ كِرَابٍ؛ فَلَكَ رُبْعُ الْخَارِجِ، وَإِنْ زَرَعْتُهَا بِكِرَابٍ؛ فَلَكَ ثُلُثُهُ، وَإِنْ زَرَعْتُهَا بِكِرَابَيْنِ؛ فَلَكَ نِصْفُهُ، وَأَيُّ ذَلِكَ عَمِلَ فَلَهُ شَرْطُهُ.

وَأَمَّا اعْتِبَرِ الْإِجَارَةَ بِالْبَيْعِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَمَسُّ إِلَى ذَلِكَ؛ لِاشْتِمَالِ الثَّلَاثَةِ عَلَى الْجَيِّدِ وَالرَّدِيِّ [٢/١٥٥هـ] وَالْوَسْطِ، وَلَا حَاجَةَ فِي الْأَرْبَعَةِ، إِلَّا أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ: أَنَّ بَيْعَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ، أَوْ الثَّلَاثَةِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَفِي الْإِجَارَةِ: يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى إِحْدَى الْمَنْفَعَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْخِيَارِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ فِي بَابِ الْبَيْعِ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ، فَلَا تَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ، وَالْأَجْرَةُ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ لَا تَجِبُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ، بَلْ بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ وَجُودِ الْعَمَلِ تَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ لَا مُحَالَةً، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ الْخِيَارِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ خِطَّتُهُ الْيَوْمَ؛ فَبَدْرَهُمْ، وَإِنْ خِطَّتُهُ غَدًا؛ فَيَنْصَفِ دِرْهَمَ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)، لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٣].

وَفِي: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ»: لَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ.
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليهما السلام: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ. وَقَالَ زُفَرٌ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

وَقَالَ مُحَمَّدٌ عليه السلام فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام:
فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الْخَيَاطُ ثَوْبًا، فَيَقُولُ لَهُ: إِنَّ خِطَّتَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَكَ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خِطَّتَهُ
[٣٣٨١/٢ م] غَدًا؛ فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، قَالَ: إِنَّ خَاطَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ
غَدًا؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ، لَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ، وَلَا يَجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليهما السلام: الشَّرْطَانِ جَمِيعًا جَائِزَانِ عَلَى مَا شَرَطَا^(١).
إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: الشَّرْطُ الْأَوَّلُ جَائِزٌ،
وَالشَّرْطُ الْآخِرُ فَاسِدٌ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ؛ يَجِبُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ فِي الْغَدِ؛
يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليهما السلام: الشَّرْطَانِ [جَمِيعًا]^(٢) جَائِزَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي
الْيَوْمِ يَجِبُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا يَجِبُ نِصْفُ دِرْهَمٍ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنَّ خِطَّتَهُ رُومِيًّا:
فَلَكَ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خِطَّتَهُ فَارِسِيًّا: فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، صَحَّتِ الْإِجَارَتَانِ، فَكَذَلِكَ
هَذَا^(٣).

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢ - ٤٤٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «غ»، «س».

(٣) والصحيح قول الامام واعتمده في الخلافات المذكورة المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو
الفضل. ينظر: «التجريد» [٣٧٠٧/٧]، «مختلف الرواية» [١٥٩٦/٣]، «مختصر اختلاف
العلماء» [٩٥/٤]، «المبسوط» [١٥/٩٩، ١٠٠]، «بدائع الصنائع» [٣٦، ٣٥/٤]، «الإيضاح»
للكرماني [ق/١٣٢]، «تبيين الحقائق» [١٣٨/٥]، «العناية شرح الهداية» [١٣١/٩]، «الجوهرة
النيرة» [٣٤٦/١]، «تكملة فتح القدير» [١٣١/٩]، «التصحيح والترجيح» [ص/٢٥٦]، «رد
المحتار» [٧٢/٦]، «اللباب شرح الكتاب» [٩٨/٢]، «عمدة الرعاية» [٥٩٩/٦].

.....

● نهاية البيان ●

وقال زُفَرٌ رحمه الله: الشرطانِ فاسدانِ، فإنْ خاطَه في اليوم، أو في الغدِ، أو بعدَ غدٍ؛ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَا يَنْقُصُ عَنْ نِصْفِ دَرْهَمٍ، وَلَا يُزَادُ عَلَى دَرْهَمٍ. كَذَا ذَكَرَ الزَّاهِدُ الْعَتَّابِيُّ وَغَيْرُهُ.

قال الكَرْنَجِيُّ في «مختصره»: «فإنْ خاطَه مِنْ بَعْدِ الْغَدِ؛ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^(١)، وَاخْتَلَفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي أَجْرِ الْمِثْلِ عَلَى مِثَالِ مَا حَكَيْتُهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ: لَا يُزَادُ عَلَى الْأَجْرِ الْأَوَّلِ، وَلَا يُنْقَصُ مِنَ الْأَجْرِ الثَّانِي، وَرَوَى عَنْهُ: إِنْ كَانَ أَجْرٌ مِثْلُهُ أَقَلُّ مِنَ الْأَجْرِ الثَّانِي؛ فَلَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْأَجْرِ الثَّانِي.

وقال في «الإملاء»: في هذه المسألة لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ دَرْهَمٌ^(٢). إلى هنا لفظُ الكَرْنَجِيِّ في «مختصره».

وقال القُدُورِيُّ في «شرحِه»: «وَاخْتَلَفَ الرَّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: إِذَا خاطَه فِي الْيَوْمِ الثَّانِي، فَقَالَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ: لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ لَا يُزَادُ عَلَى دَرْهَمٍ، وَلَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دَرْهَمٍ، وَهَذِهِ رَوَايَةُ «الأصل»^(٣)، و«الجامع الصغير»، وَرَوَايَةُ مُحَمَّدٍ رحمه الله فِي «الإملاء»، وَإِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ ابْنِ سَمَاعَةَ أَيْضًا عَنْ أَبِي يَوْسُفَ فِي «نَوَادِرِهِ»، وَإِحْدَى رَوَايَتِي ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي «نَوَادِرِهِ».

وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يَوْسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي «نَوَادِرِهِ» رَوَايَةً أُخْرَى: أَنَّ لَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي أَجْرَ مِثْلِهِ، لَا يُزَادُ عَلَى نِصْفِ دَرْهَمٍ، وَهِيَ الرَّوَايَةُ الصَّحِيحَةُ^(٤). إلى هنا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله فِي «شرحِه».

(١) هذا النقل قد ذكره الشلبي في حاشيته على «تبیین الحقائق» [١٣٩/٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرنجي» للقدوري [٦٣/ق].

(٣) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٤٥/٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرنجي» للقدوري [٦٣/ق].

هامة البيان

وقال فخر الإسلام البزدوي رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «وعن أبي حنيفة في «النوادر»: أنه يجب في الشرط الثاني أجر مثله، لا يُجاوز به نصف درهم، ويُقَصُّ عنه، وهو اختيار الكرخي»^(١). إلى هنا لفظ فخر الإسلام.

وجه قول زفر رحمه الله: أن المعقود عليه - وهو الخيطة - واحد ذكر له بدلان مختلفان، فيفسد العقد لجهالة البدل، كما إذا قال: بعث هذا العبد إلى شهر بألف، وإلى شهرين بألفين، فكذا هنا.

وجوابه: أن البيع [٥١٦/٢] لا يُشبه الإجارة؛ لأن [٣٣٩/٦] التمليك في باب البيع يقع للحال، وفي باب الإجارة يقع ملك المنفعة في المستأنف، فيتعين أحدهما إذا أخذ في العمل.

وجه قولهما: أنه سمي أجرين بمقابلة عملين؛ لأن العمل في اليوم غير العمل في الغد، فأيهما أتى به يستحق أجره، وهذا معنى ما قال في «المختلف»: «إنهما عقدان ببدلين مختلفين، فيصح، كما إذا قال: إن خطته روميًا، أو فارسيًا»^(٢).

أو نقول: إن ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للإضافة، فانعقدت الإجارتان، أحدهما في اليوم بدرهم، والأخرى في الغد بنصف درهم، فإن خاطه في اليوم؛ يجب درهم، وإن خاطه في الغد يجب نصف درهم، كالخيطة الرومية والفارسية.

وقال^(٣) في «الإشارات»: «هما يقولان: المعقود عليه شيء واحد، وقد ذكر في مقابلته شيئًا واحدًا، وقوله: إن خطته غدًا فبنصف درهم، هذا حط مضاف إلى الغد».

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [٣٢٢/ق].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٩٧/٣].

(٣) وقع بالأصل: «يقال»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

هـاية البيان

بيانه: فيما قال فخر الدين قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير»: «أنه استأجره للخياطة بدرهم، إلا أنه علق حط النصف بالتأخير إلى الغد، وتعلق الحط بالتأخير جائز؛ لأنه متعارف»^(١).

وقال الفقيه أبو الليث رحمته الله في بيان دليلهما: «إن الإجارة مرة تُضاف إلى الأوقات، ومرة تُضاف إلى الأفعال، ف لو أضاف الإجارة إلى أحد العملين؛ جازت الإجارة، كما إذا قال: إن خطته فارسياً؛ فلك كذا، وإن خطته رومياً؛ فلك كذا، فكذا إذا أضاف إلى أحد الوقتين».

ووجه قول أبي حنيفة رحمته الله: أن ذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الإجارة باليوم، ولهذا صحّت الإجارة في اليوم الأول بالاتفاق، فلو كان للتوقيت لم تصح؛ لأنه حينئذ يجتمع الوقت والعمل كما في مسألة المخاتيم، فالأول يقتضي كونه أجير الوحد، والثاني يقتضي كونه أجيراً مشتركاً، فيفسد العقد؛ لأن حكمهما مختلف؛ لأن وجوب الأجير في الأجير الخاص بتسليم النفس، وفي المشترك بتسليم العمل. فلما كان ذكر اليوم للتعجيل؛ بقيت التسمية الأولى بالتأخير إلى الغد، فاجتمع التسميتان في الغد، ففسد الشرط الثاني لهذا باعتبار التراحم، وفي اليوم لم تجتمع تسميتان؛ لأن التسمية الثانية مضافة إلى الغد عدم في الحال، فلا جرم وجب المسمى في اليوم، وأجر المثل في الغد.

أو نقول: كل شرط جائز للخبر: «المسلمون عند شروطهم»^(٢)، إلا ما قامت الدلالة على فسادِه، والشرط الثاني فاسدٌ [٢٣٩/٦ م]؛ لأنه علقه بخطر لم يتعامل الناس به، ولأنه علق الإجارة الثانية بانفساخ الأولى؛ لأنه إن خاطه اليوم لا يمكنه

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) مضمي تخريجه.

.....

هـاية البيان

الشروع بعد ذلك في العمل.

والإجارة إذا علقت بخطر لم يتعامل الناس به كانت فاسدة، ولهذا لو قال: إذا قال: إذا قدم فلان فقد استأجرتك، أو قال: إن دخلت الدار فقد استأجرتك؛ كان فاسداً، فكذا هذا.

يوضحه: أنه لو آجر داره من إنسان، ثم قال لغيره: إن انفسخت الإجارة آجرت منك؛ لا يجوز، فعلم: أن تعليق الإجارة بالانفساخ لا يجوز.

ثم إذا فسدت الإجارة عند أبي حنيفة رحمته الله في اليوم الثاني؛ وجب أجر المثل، لا يزد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم على رواية «الأصل»^(١)، و«الجامع الصغير».

وعلى رواية «النوادر»: ينقص عن نصف درهم، ولا يزد على نصف درهم. وجهه [٥١٦/٢] رواية «النوادر»: أن الإجارة فسدت في اليوم الثاني دون الأول، فيعتبر في أجر المثل التسمية في اليوم الثاني، والمسمى فيه نصف درهم. ووجه ظاهر الرواية: أن العمل في اليوم والعمل في الغد عمل واحد، وإنما اختلف الزمان، والفعل لا يختلف باختلاف وقته، فلما رضي الخياط بالدرهم مع تعجيل العمل؛ فلأن يرضى بالدرهم مع التأخير أولى، فلا يزد على درهم، وقد رضي صاحب الدرهم ببدل نصف درهم، فلا ينقص عن النصف.

قال فخر الدين قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير»: «فإن خاطه في اليوم الثالث؛ فعن أبي حنيفة رحمته الله في رواية: له أجر المثل، لا يزد على نصف درهم، وعندهما: لا يزد على درهم، والصحيح أن عندهما: ينقص عن نصف

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٤٤٥/٣] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

لِأَنَّ الْخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ ذَكَرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانَ عَلَى الْبَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيَتِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيْقِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ

﴿هَآئِةُ الْبَيَانِ﴾

الدرهم، وَلَا يُرَادُ عَلَيْهِ^(١).

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَأْجِرْهُ عَلَى أَنْ يَخِيطَ رُومِيًّا أَوْ فَارِسِيًّا، بَلِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى مُطْلَقِ الْخِيَاطَةِ، وَلَمْ يَخْتَلِفِ الْفِعْلُ بَلِ اخْتَلَفَ الزَّمَانُ.

قَوْلُهُ: (بَدَلَانَ عَلَى الْبَدَلِ)، وَهُمَا: دَرَاهِمٌ، وَنَصْفُ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ عَجَّلَ فَدَرَاهِمٌ، وَإِنْ أَخَّرَ إِلَى الْغَدِ فَنَصْفُ دَرَاهِمٍ، فَيَكُونُ الْبَدَلُ مُسْتَحَقًّا عَلَى الْبَدَلِ، إِمَّا هَذَا، وَإِمَّا هَذَا، فَتَكُونُ الْأُجْرَةُ مَجْهُولَةً، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ لَجَهَالَةِ الْبَدَلِ.

بَيَانُهُ: أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، لَا لِتَوْقِيَتِ الْإِجَارَةِ بِالْيَوْمِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ تَبَقَّى^(٢) التَّسْمِيَةُ الْأُولَى فِي الْغَدِ، فَإِذَا جَاءَ الْغَدُ يَجْتَمِعُ فِيهِ تَسْمِيَتَانِ، وَذِكْرُ الْغَدِ لِلتَّرْفِيهِ، فَإِذَا كَانَ لِلتَّرْفِيهِ كَانَتِ التَّسْمِيَةُ الْمُضَافَةُ إِلَى الْغَدِ مَوْجُودَةً فِي الْيَوْمِ أَيْضًا، فَيَجْتَمِعُ تَسْمِيَتَانِ أَيْضًا فِي الْيَوْمِ [٢/٣٤٠/٦]، فَيَلْزَمُ الْبَدَلَانَ عَلَى الْبَدَلِ بِمُقَابَلَةِ عَمَلٍ وَاحِدٍ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ فِي الْيَوْمَيْنِ جَمِيعًا.

قَوْلُهُ: (وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيَتِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيْقِ).

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «وَذِكْرُ الْغَدِ لِلإِضَافَةِ»^(٣)، وَالْمُرَادُ مِنَ التَّعْلِيْقِ: الإِضَافَةُ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «تنتفي». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) أشار إليه المؤلف في النسخة التي بخطه من «الهداية» [٢/١٢١/١] مخطوط مكتبة فيض الله=

تَسْمِيَتَانِ ؛ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةُ اخْتِلَافِ النَّوعَيْنِ .

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ ذَكَرَ ١٢١/٥ | الْغَدِ لِلتَّغْلِيْقِ حَقِيقَةً . وَلَا يُمَكِّنُ حَمْلَ الْيَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ الْعَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الْوَقْتِ وَالْعَمَلِ ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ الْيَوْمِ ، فَيَصِحُّ الْيَوْمُ الْأَوَّلُ وَيَجِبُ الْمُسَمَّى ، وَيَفْسَدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسَمَّى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي .

غاية البيان

أَيْضًا ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْإِجَارَةِ لَا يَجُوزُ .

أَوْ نَقُولُ : الْمُرَادُ بِهِ : تَغْلِيْقُ حَظِّ النِّصْفِ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْغَدِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ لَا تَغْلِيْقَ الْإِجَارَةِ ، وَتَغْلِيْقُ الْحَظِّ بِالتَّأْخِيرِ مُتَعَارَفٌ فَجَازٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَوْ جَاءَ غَدٌ وَمَا خَطَّتُهُ ؛ حَطَطْتُ عَنْكَ دَرَاهِمًا .

بَيَانُ ذَلِكَ : أَنَّ ذَكَرَ الْيَوْمَ لَمَّا كَانَ لِلتَّأْقِيتِ ؛ انْقِضَى الْعَقْدُ فِي الْيَوْمِ بِانْقِضَاءِ الْوَقْتِ ، وَهُوَ الْيَوْمُ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَى الْغَدِ ، فَلَمْ يُوجَدْ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ ، وَذَكَرَ الْغَدَ لَمَّا كَانَ لِلْإِضَافَةِ لَمْ يُوجَدْ فِي الْيَوْمِ الْعَقْدُ الْمُضَافِ إِلَى الْغَدِ ، فَلَمْ يُوجَدْ فِي الْيَوْمِ تَسْمِيَتَانِ ، بَلْ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَيَكُونُ عَقْدَانِ بِيَدَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ .

قَوْلُهُ : (وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةُ اخْتِلَافِ النَّوعَيْنِ) ، بَيَانُهُ : أَنَّ فِي عَمَلٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْيَوْمَيْنِ غَرَضًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَقْصُدُ التَّعْجِيلَ لِلتَّجَمُّلِ بِالثَّوبِ أَوْ لِلْبَيْعِ ، فَإِذَا كَانَ الْغَرَضُ مُخْتَلَفًا فِي الْيَوْمَيْنِ ؛ كَانَتْ الْخِيَاطَةُ فِي الْيَوْمَيْنِ كَالنَّوْعَيْنِ مِنَ الْعَمَلِ ، كَالْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ ، فَجَازَ اشْتِرَاؤُ الْأَجْرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

= أفندي - تركيا] ، واللفظ الأول هو المثبت في المطبوع من « الهداية » للمرغيناني [٢٤٤ / ٣] . وكذا في سائر النسخ الخطية التي بأيدينا .

وفي: «الجامع الصغير» لا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ،
لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنَعِدُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَتُغْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَيُغْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ
الثَّانِيَّةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ
عَلَى إِلَى مَا بَعْدَ الْغَدِ أُولَى.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَانِ عَطَّارًا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَنْتَهُ حَدَّادًا؛
فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيُّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ
أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَنَ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

قَوْلُهُ: (وَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ؛ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
رحمته هُوَ الصَّحِيحُ)، احْتَرَزَ بِهِ عَنِ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى، وَهِيَ أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ،
وَلَا يُنْقُصُ عَنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ. كَذَا فِي «التَّقْرِيبِ».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَانِ عَطَّارًا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَنْتَهُ
حَدَّادًا؛ فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيُّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
رحمته).

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ^(١)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ
فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢).

وَقَوْلُهُ: (حَدَّادًا) حَالٌ مِنْ ضَمِيرِ الْمُخَاطَبَةِ.

(١) وتقدم في التصحيح أن المعتمد في الخلافات المذكورة قول الإمام. ينظر: «العناية شرح الهداية»
[١٣٥/٩]، «تبيين الحقائق» [١٤٠/٥]، «البنية شرح الهداية» [٣٢٨/١٠]، «الاختيار» [٥٧/٢]،
«الجوهر النيرة» [٢٦٨/١]، «مجمع الأنهر» [٣٩٦/٢]، «اللباب شرح الكتاب» [٩٨/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٣].

فِيهِ فَبَدْرَهُمْ وَإِنْ سَكَنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبَدْرَهُمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا يَجُوزُ، وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الْحَبِيرَةِ بِدْرَهُمْ وَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ فَبَدْرَهُمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَحْتَمِلُ الْخِلَافُ وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحَبِيرَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبَدْرَهُمْ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ.

غاية البيان

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «إِنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا عَلَى أَنَّكَ إِنْ قَعَدْتَ فِيهَا حَدَّادًا فَأَجَرُهَا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَإِنْ بَعْتَ فِيهَا الْبَزَّ فَأَجَرُهَا [٥١٧/٢] خَمْسَةَ دَرَاهِمَ، فَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته، وَهُوَ قَوْلُهُ الْأَخِيرُ.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما: «الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ، لَا الْعَمَلِ فِي الدَّارِ، فَلَا يُدْرَى أَيُّ الْأَجْرَيْنِ يَجِبُ إِذَا سُلِّمَتْ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا سَلَّمَهَا وَلَمْ يَعْمَلْ فِيهَا شَيْئًا - وَقَدْ وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا - وَجِبَتْ الْأَجْرَةُ بِالتَّسْلِيمِ دُونَ أَنْ يَعْمَلَ [٣٤٠/٦] فِيهَا مَا شَرَطَ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «شَرْحِهِ»: «وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: كُلُّ مَا كَانَ أَجْرُهُ يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ، وَلَا يُعْلَمُ الْوَاجِبُ بِهِ؛ فَهُوَ بَاطِلٌ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: الْعَقْدُ جَائِزٌ، وَأَيُّ الْمَنْفَعَتَيْنِ اسْتَوْفَى وَجَبَ عَلَيْهِ أَجْرُ ذَلِكَ مَا سَمَّى»^(١).

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمتهما: فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ مِنَ الرَّجُلِ الْبَيْتَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَنَهُ فَبَدْرَهُمْ، وَإِنْ قَعَدَ فِيهِ حَدَّادًا فَبَدْرَهُمَيْنِ، قَالَ: هُوَ جَائِزٌ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما: لَا يَجُوزُ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَ مِنْهُ دَابَّةً إِلَى الْحَبِيرَةِ بِدْرَهُمْ، فَإِنْ جَاوَزَ الْقَادِسِيَّةَ فَبَدْرَهُمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ.

وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَ مِنْهُ دَابَّةً إِلَى الْحَبِيرَةِ، إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبَدْرَهُمَيْنِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٦٣/ق].

وَجَهْ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ ، وَكَذَا الْأَجْرُ أَخَذَ الشَّيْئَيْنِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالْجَهَالَةُ تُوجِبُ الْفُسَادَ ، بِخِلَافِ الْخِيَاطَةِ الْفَارِسِيَّةِ وَالرُّومِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ بِالْعَمَلِ وَعِنْدَهُ يَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ . أَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ يَجِبُ الْأَجْرُ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وإنَّ حَمَلَ عَلَيْهَا كَرَّ شَعِيرٍ فَبِنَصْفِ دَرَاهِمٍ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما الله : لَا يَجُوزُ ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ صَرِيحًا فِيهِ كَمَا تَرَى فِي مَسْأَلَةِ الْمَجَاوِزَةِ إِلَى الْقَادِسِيَّةِ ، فَلَأَجْلِ هَذَا قَالُوا : احْتَمَلْتَ تِلْكَ الْمَسْأَلَةَ الْخِلَافَ وَالْوِفَاقَ ، وَمَالَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله إِلَى الْإِتِّفَاقِ . يَعْنِي : أَنَّ فِيهَا يَجُوزُ بِالْإِتِّفَاقِ ، وَمَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ إِلَى الْخِلَافِ ، يَعْنِي : أَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَعِنْدَهُمَا : لَا يَجُوزُ ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْعَتَّابِيُّ وَغَيْرُهُ .

قَالَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ فِي «شرح الجامع الصغير» : «وَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى الْحِيرَةِ بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ جَاوَزَ إِلَى الْقَادِسِيَّةِ فَبِدَرَاهِمَيْنِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ» .

ثُمَّ قَالَ : «وَجَوَابُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : كَالْجَوَابِ فِي الْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَيَّنُ الْأَجْرُ بِالْعَمَلِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً فَبِدَرَاهِمٍ ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا شَعِيرًا فَبِنَصْفِ دَرَاهِمٍ ؛ جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ ، وَفِي قَوْلِهِمَا : لَا يَجُوزُ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ اسْتِئْجَارِ الْمَنْزِلِ» . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفَقِيهِ رحمته الله .

وَأَصْلُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ : أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ إِذَا وَقَعَ عَلَى أَحَدِ شَيْئَيْنِ ، وَسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْرًا مَعْلُومًا جَازًا ، كَمَا إِذَا قَالَ : أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةِ ، أَوْ هَذِهِ الْآخَرَى بِعَشْرَةٍ .

وكَذَلِكَ فِي حَانُوتَيْنِ أَوْ عِبْدَيْنِ ، وَكَذَلِكَ فِي مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، كَمَا إِذَا قَالَ : أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا ، أَوْ إِلَى الْبَصْرَةِ بِكَذَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَعَ عَلَى

(١) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٤٤٣] .

بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَيَبْقَى الْجَهَالَةُ ، وَهَذَا الْحَرْفُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَيَصَحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ سُكْنَائَهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الْحَدَادَ ؛ إِلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا

غَايَةُ الْبَيَانِ

عَمَلَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ ، كَالْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ ؛ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ عِنْدَ عِلْمَانِنَا [٣٤١/٦م] الثَّلَاثَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَيْرُهُ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ .

وَعَلَى مَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ زُقَرٍ : أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ .

ثُمَّ وَجْهُ قَوْلِهِمَا : أَنَّ الْأَجْرَ مَجْهُولٌ ، فَيُتَطَّلُّ بِهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ بِمَجْرَدِ تَسْلِيمِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ عَمَلٍ ، وَعِنْدَ التَّمَكُّنِ لَا يُدْرَى أَيُّ الْأَجْرَيْنِ يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْعَمَلُ بَعْدُ ، لَا الْحِدَادَةُ ، وَلَا عَمَلُ الْبَزِّ .

وَكَذَلِكَ لَوْ سَاقَ الدَّابَّةَ إِلَى الْحِيرَةِ ، وَلَمْ يَحْمِلْ عَلَى الدَّابَّةِ شَيْئًا ، لَا حِنْطَةً وَلَا شَعِيرًا ؛ يَجِبُ الْأَجْرُ ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ ، أَيْجِبُ أَجْرُ حَمْلِ الْحِنْطَةِ أَمْ أَجْرُ حَمْلِ الشَّعِيرِ ؟ فَكَانَتِ الْإِجَارَةُ بِأَجْرِ مَجْهُولٍ ، فَلَا يَصَحُّ الْعَقْدُ ، وَلَا يُشَبَّهُ هَذِهِ خِيَاطَةُ الرُّومِيِّ وَالْفَارِسِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ تَجِبُ بِالْعَمَلِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ تَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ ، فَكَانَ الْعَقْدُ بَيِّنًا مَعْلُومًا .

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ ، فَوَجَبَ [٥١٧/٢ظ] الْقَوْلُ بِصَحَّتِهِ كَمَا فِي الْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْكُنَ حَدَادًا .

فَإِذَا كَانَ السُّكْنَى وَعَمَلُ الْحِدَادَةِ مُخْتَلَفَيْنِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ صَحِيحٌ ، فَكَذَا عِنْدَ الْجَمْعِ ، وَالْغَالِبُ فِي الْإِجَارَةِ الْإِنْتِفَاعُ ، فَإِذَا حَصَلَ الْإِنْتِفَاعُ زَالَتِ الْجَهَالَةُ ، فَأَمَّا التَّمَكُّنُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِدُونِ الْإِنْتِفَاعِ فَلَيْسَ بِأَصْلٍ ، بَلْ هُوَ مَنْ

يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا، وَالْإِجَارَةُ تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ، وَلَوْ أُحْتِيجَ إِلَى الْإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ يَجِبُ ١/١٢٢ أَوْ أَقْلُ الْأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

هـاية البيان

العوارض، فَلَا تَقْدَحُ الْجَهَالَةُ النَّاشِئَةَ حِينَئِذٍ.

وَلَأَنَّ تَرَكَ الْانْتِفَاعِ لَوْ تَحَقَّقَ، وَاحْتِيجَ إِلَى إِيجَابِ الْأَجْرِ؛ لَا يَلْزَمُ جَهَالَةُ الْأَجْرِ أَيْضًا؛ لَأَنَّ التَّسْلِيمَ أَوْجَبَ الْعَوَضَ، فَيَجِبُ الْمَتَيَقُّنُ، وَهُوَ الْمَقَابِلُ بِأَدْنَى الْعَمَلَيْنِ لِتَيَقُّنِهِ، وَلَا يَجِبُ الْفَضْلُ بِالشَّكِّ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَجِبُ الْأَقْلُ وَيَتَنَصَّفُ الْفَضْلُ، فَلَا يَتِمَكَّنُ الْجَهَالَةُ بِكُلِّ حَالٍ. كَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ^(١) وَغَيْرُهُ رحمهم الله.

وَلَا يُشْبِهُ هَذَا إِذَا قَالَ: إِنَّ خِطَّتَهُ الْيَوْمَ وَإِنْ خِطَّتَهُ غَدًا؛ لَأَنَّ ذَلِكَ عَمَلٌ وَاحِدٌ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَمَّى فِيهِ بَدَلَانِ مُخْتَلِفَانِ.

وَقَالَ فِي «إِشَارَاتِ الْأَسْرَارِ»: «فَلَيْنَ لَمْ يَسْكُنْ قَالَ بَعْضُهُمْ: يَسْتَحَقُّ الْأَقْلُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بَيَقِينٍ، وَبَعْضُهُمْ أَوْجَبُوا مِنْ كُلِّ مُسَمًّى نَصْفَهُ، وَاخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «فَإِنْ أَمْسَكَ الدَّارَ، وَلَمْ يَسْكُنْ فِيهَا حَتَّى مَضَتْ الْمَدَّةُ؛ فَعَلَيْهِ أَقْلُ التَّسْمِيَّتَيْنِ؛ لَأَنَّ الزِّيَادَةَ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِاسْتِيفَاءِ مَنَفْعَةٍ زَائِدَةٍ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ، فَوَجَبَ بِالتَّخْلِيَةِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ»^(٢).

[وَاللَّهُ أَعْلَمُ]^(٣)



(١) ينظر: شرح الجامع الصغير للبيروني [ق/٣٢٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

بَابُ إِجَارَةِ الْعَبْدِ

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

نُجَابَةِ الْبَيَانِ

بَابُ إِجَارَةِ الْعَبْدِ

لَمَّا كَانَ إِجَارَةُ الرَّقِيقِ نَوْعًا مِنْ أَنْوَاعِ الْإِجَارَةِ [١/٣٤١ م]، وَبِالرَّقِيقِ مَسَائِلُ خَاصَّةٌ تَتَعَلَّقُ بِهِ: ذَكَرَهَا فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ، وَأَخَّرَ ذِكْرَهَا؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ مُقَدَّمٌ عَلَى النَّوعِ، هَذَا مَا لَاحَ لِي مِنْ جِنْسِ الْمُنَاسَبَةِ.

وَمَا قِيلَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: إِنَّ الْعَبْدَ مَنْحَطٌ الدَّرَجَةِ عَنِ الْحُرِّ، فَانْحَطَّ ذِكْرُهُ عَنْ ذِكْرِ الْحُرِّ لِذَلِكَ، فَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ «الْهُدَايَةِ» ﷺ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا اسْتِئْجَارَ الدُّورِ وَالْحَوَائِيتِ وَالْحَمَّامِ وَالدُّوَابِّ، وَذَكَرَ هَاهُنَا اسْتِئْجَارَ الرَّقِيقِ؛ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَتَرْجَمَ الْبَابَ: بِيَابِ إِجَارَةِ الْعَبْدِ، كَمَا تَرْجَمَ فِي «الْأَصْلِ»: بِيَابِ إِجَارَةِ الرَّقِيقِ لِلْخِدْمَةِ وَغَيْرِهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِ هَذَا الشَّارِحِ يُفْهَمُ مِنْهُ: أَنَّ الْعَبْدَ مَنْحَطٌ الدَّرَجَةِ عَنِ الْحُرِّ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ أَصْلًا، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَهَذَا مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ مَرَادُ الْمَصْنُفِ ﷺ هَذَا؛ لَمْ يَبْدَأْ أَوَّلَ الْبَابِ بِاسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَصَرُّفٌ أَصْلًا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، لَا أَصَالَةً وَلَا نِيَابَةً، بَلْ هُوَ مُحَلٌّ التَّصَرُّفِ، وَمَوْقِعُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ كَالدَّابَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

فَعَلِمَ بِهَذَا: أَنَّ غَرَضَ الْمَصْنُفِ لَمْ يَكُنْ إِلَّا تَنْوِيعَ الْمَسَائِلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

ذلك ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الْإِطْلَاقُ وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا فَلَا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِهِ كَمَا سَكَانَ الْحَدَادِ وَالْقَصَارِ فِي الدَّارِ ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الْخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الْخِدْمَةُ فِي الْحَضَرِ لَا يَبْقَى غَيْرُهُ دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ .

وَمِنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَخْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَةَ ؛ فَلَيْسَ

نهاية البيان

ذَلِكَ ، أَي : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مختصره»^(١) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ فِي السَّفَرِ أَشَقُّ مِنْهَا فِي الْحَضَرِ ، فَصَارَتْ فِي حُكْمِ الْجَنَسَيْنِ الْمُخْتَلَفَيْنِ ، فَلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ الْغَيْرُ أَكْثَرَ ضَرَرًا مِنَ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَكَانًا لِيَقْعُدَ فِيهِ بَرَّازًا ؛ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ حَدَادًا أَوْ قَصَّارًا وَنَحْوَ ذَلِكَ ، إِلَّا إِذَا شُرِطَ ذَلِكَ أَوْ دَلَّتْ عَلَيْهِ الْحَالُ ، فَحِينَئِذٍ تَجُوزُ الْمَسَافَرَةُ بِالْعَبْدِ لَزَوَالِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَوْلَى حَيْثُ رَضِيَ بِهِ ، وَهَذَا كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فِي الْمِصْرِ لِلرُّكُوبِ شَهْرًا ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسَافَرَ بِهَا لِمَا قُلْنَا ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّفَرَ مُحَلُّ الْمَخَافَاتِ وَالْآفَاتِ ، وَالْفَلَاحُ فِيهِ نَادِرٌ ، وَخَطَرُهُ كَبِيرٌ ، وَأَمْرُهُ عَسِيرٌ ، وَهُوَ كَمَا قَالَ صَاحِبُ «الْجُمَهْرَةِ» [١٨/٢] : «قَالَ الْأَضْمَعِيُّ رحمته الله : سَمِعْتُ أَعْرَابِيًّا يَقُولُ : إِنَّ التَّاجِرَ وَمَالَهُ لَعَلِي قَلَّتْ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهَ»^(٢) .

وَالْقَلْتُ : الْهَلَاكُ ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لَمْ يَدُلِ الرِّضَا بِالْخِدْمَةِ فِي الْحَضَرِ عَلَى الرِّضَا بِهَا فِي السَّفَرِ ، وَإِنْ سَافَرَ بِالْعَبْدِ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُخَالَفًا وَلَا أَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

قَوْلُهُ : (وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا) ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ آخِرِ بَابِ فَسْخِ الْإِجَارَةِ .

قَوْلُهُ : (وَمِنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَخْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَةَ ؛ فَلَيْسَ

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٠٢] .

(٢) ينظر : «جمهرة اللغة» لابن دريد [٤٠٧/١] .

لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ .

عابه الصغير

لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ .

وصورة المسألة في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوب عن أبي حنيفةٍ
رحمهما: في رجلٍ [١٦٢، ٣٠٠] استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً، فعملَ عنده وأعطاه
الأجرَ، قال: أجزى ذلك، وليس للمستأجر أن يأخذ الأجر»^(١). إلى هنا نغض
أصير «الجامع الصغير»، وهذا استحسانٌ ذكره في «الأصل»^(٢).

والقياس: ألا يجب الأجر؛ لأنَّ تصرُّفَ المخجورِ عليه باطلٌ، فلا يجوزُ
عقْدُ الإجارةِ منه، فإذا كانتِ الإجارةُ باطلةً؛ لم يجب الأجر؛ لأنَّ الأجرَ لا يجبُ
في الإجارةِ الباطلةِ، ولأنَّ المُسْتَأْجِرَ غاصِبٌ في استعماله، ولهذا إذا هلك العبدُ
في عمله وجبَ الضَّمانُ، وإذا وجبَ الضَّمانُ لا يجبُ الأجرُ؛ لأنَّ الأجرَ مع
الضَّمانِ لا يجتمعانِ.

وجه الاستحسان: أنَّ العبدَ إنَّما كانَ محجوراً عن التصرُّفِ فيما فيه ضررٌ
بالمولى، وفي الابتداء إنَّما اعتبرناه محجوراً دفعاً للضررِ عن المولى؛ لأنَّ عقْدَ
الإجارةِ دائرٌ بينَ النفعِ والضررِ، وفي الانتهاء إذا فرغَ العبدُ سليماً تمحَّضَ ذلك
نفعاً، فيُعتبرُ مآذوناً دلالةً، وإنَّ لم يوجد الإذنُ إفصاحاً؛ لأنَّا إذا بطلنا عقْدَ الإجارةِ
ضاعتْ منافعُه، فلمْ تنقوِّم أصلاً، وإذا أجزأناه تقوَّمتْ منافعُه من غيرِ ضررٍ بالمولى،
فوجبَ القولُ بالتقوُّمِ، وكانَ عقْدُه جائزاً، ووجبَ الأجرُ؛ لأنَّ المخجورَ يملكُ ما
هو نفعٌ محضٌ.

ألا ترى أنَّه يملكُ قبولَ الهبةِ بغيرِ إذنِ المولى، بخلافِ ما إذا هلكَ من
العملِ، حيثُ لا يجبُ الأجرُ؛ لأنَّه لو جَوَّزنا العقدَ حينئذٍ؛ لبطلَ ضَمَانُ العَيْنِ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤ - ٤٤٥].

(٢) ينظر: «الأصل» المعروف بالمبسوط» [٩/١٩٥ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَأَضْلُهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ؛ إِسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ . وَالْقِيَاسُ الْأَوَّلُ
يَجُوزُ؛ لِانْعِدَامِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقِيَامِ الْحَجَرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ . وَجْهُ
الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى إِعْتِبَارِ الْفَرَاغِ سَالِمًا، ضَارٌّ عَلَى إِعْتِبَارِ هَلَاكِ

هَاجَةِ الْبَيَانِ

فَكَانَ ذَلِكَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ، فَأَبْطَلْنَاهُ .

أَوْ نَقُولُ: لَوْ جَازَتْ الْإِجَارَةُ بَطَلَ ضَمَانُ الْعَيْنِ، وَضَمَانُ الْعَيْنِ أَكْثَرُ مِنْ
ضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ، فَكَانَ النَّظَرُ لِلْمَوْلَى فِي بَطْلَانِ الْإِجَارَةِ .

قَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «وكذا الصَّبِيُّ
الْمَحْجُورُ إِذَا آجَرَ نَفْسَهُ، وَسَلِمَ مِنَ الْعَمَلِ؛ كَانَ لَهُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يَمْلِكُ
تَحْصِيلَ الْمَنْفَعَةِ لِنَفْسِهِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ قَبُولَ الْهَبَةِ، وَجَوَازُ الْإِجَارَةِ هُنَا تَمَحُّصُ الْمَنْفَعَةِ
لَهُ» ^(١) .

وَمَعْنَى قَوْلِهِ: (لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرُ)، أَي: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِدَّ
مِنَ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ الْأَجْرَ .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مختصره» الْمُسَمَّى بِ«الكافي» فِي آخِرِ كِتَابِ
التَّحْرِي: «رَجُلٌ آجَرَ عَبْدَهُ مِنْ رَجُلٍ سَنَةً بِمِائَةِ دِرْهَمٍ لِلْخِدْمَةِ، فَخَدَمَهُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ،
ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى؛ فَالْعَبْدُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْإِجَارَةَ، وَكَانَ أَجْرُهُ مَا مَضَى
لِلْمَوْلَى، وَإِنْ شَاءَ مَضَى عَلَيْهَا، وَلِلْعَبْدِ أَجْرُهُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمَدَّةِ، إِلَّا أَنَّ الْمَوْلَى هُوَ
الَّذِي يَتَوَلَّى قَبْضُ جَمِيعِ الْأَجْرَةِ، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ نَقْضُهَا بَعْدَ اخْتِيَارِهِ الْمُضِيِّ عَلَيْهَا .

وَلِإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عَجَّلَ الْأَجْرَةَ كُلَّهَا لِلْمَوْلَى قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ الْعَبْدُ شَيْئًا فِي
أَوَّلِ الْإِجَارَةِ، فَالْأَجْرَةُ كُلُّهَا لِلْمَوْلَى إِذَا اخْتَارَ الْعَبْدُ الْمُضِيَّ عَلَى الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ
الْمَوْلَى [١/٣٤٢/٦م] قَدْ كَانَ مَلِكًا الْأَجْرَةَ قَبْلَ عِثْقِهِ .

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢١٩] .

العَبْدُ، وَالنَّافِعُ مَاذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَإِذَا جَارَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ.

«هَاجَةُ الْبَيَانِ»

فَإِنْ كَانَ الْأَجْرُ شَيْئًا بَعَيْنَهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْوُجُوهِ؛ فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الدَّرَاهِمِ، وَأَمَّا صَدَاقُ الْمَرْأَةِ الْأَمَةِ الْمُعْتَقَةِ إِذَا اخْتَارَتِ النِّكَاحَ؛ فَهُوَ لِلْمَوْلَى إِنْ كَانَ قَبْضُهُ، أَوْ لَمْ يَقْبُضْهُ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَالْأَجْرُ يَجِبُ يَوْمًا بِيَوْمٍ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ قَبْضُهُ. وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي الْعَبْدِ إِذَا وَلِيَ إِجَارَةَ نَفْسِهِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى، إِلَّا أَنْ الْعَبْدَ هُوَ الَّذِي يَلِي الْقَبْضَ، وَهُوَ الَّذِي [٥١٨/٢ هـ] يُطَالَبُ بِالرَّدِّ مَا يَجِبُ رَدُّهُ مِنَ الْمَقْبُوضِ عِنْدَ الْفُسْخِ، وَيَرْجِعُ هُوَ بِهِ عَلَى الْمَوْلَى عَيْنًا كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ الْمَوْلَى، أَوْ مُسْتَهْلَكًا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَجِبَ بَعْدَ الْعَتَقِ وَالْفُسْخِ.

وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِإِذْنِ مَوْلَاهَا، ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا آجَرَهُ الْوَصِيُّ فِي عَمَلٍ مِنَ الْأَعْمَالِ، فَلَمْ يَتِمَّ الْعَمَلُ حَتَّى يَبْلُغَ الْغُلَامُ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ فِي الْمُضِيِّ عَلَى الْإِجَارَةِ أَوْ فُسْخِهَا، وَكَذَلِكَ الْأَبُ إِذَا آجَرَ ابْنَهُ ثُمَّ أَدْرَكَ الْابْنَ.

وَلَوْ كَانَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ آجَرَ دَارَ الصَّبِيِّ سَنِينَ مَعْلُومَةً، فَأَدْرَكَ الْغُلَامُ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبْطَلَ الْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّهُمَا فِي مَالِهِ بِمَنْزِلَةِ وَكَيْلِ الْكَبِيرِ، وَإِذَا آجَرَ الْعَبْدُ الْمَخْجُورُ نَفْسَهُ مِنْ رَجُلٍ سَنَةً بِمِئَةِ دِرْهَمٍ لِيَخْدَمَهُ، فَخَدَمَهُ سَنَةً أَشْهُرًا، ثُمَّ أَعْتَقَ؛ فَالْقِيَاسُ: أَنَّهُ لَا أَجْرَ لَهُ فِيهَا مَضَى؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ صَارَ ضَامِنًا لَهُ، فَلَا يَجْتَمِعُ الْأَجْرُ وَالضَّمَانُ.

وَلَكِنَّا نَسْتَعْيِشُ إِذَا سَلِمَ الْعَبْدُ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ الْأَجْرُ فِيهَا مَضَى، فَيَأْخُذَهُ الْعَبْدُ وَيُدْفَعُهُ، وَتَجُوزُ الْإِجَارَةُ فِيهَا بَقِيَّةَ السَّنَةِ، وَأَجْرُ الْبَاقِي مِنَ السَّنَةِ لِلْعَبْدِ، وَلَا خِيَارَ لَهُ فِي نَقْضِ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا جَارَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ بغيرِ إِجَارَةِ الْمَوْلَى.

وَمَنْ غَضِبَ عَبْدًا، فَاجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فَأَكَلَهُ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذَا إِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ.....

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

وكذلك الجوابُ إنْ كَانَ قَبْضُ الْأَجْرَةِ فِي حَالِ رِقَّةٍ، وَيَكُونُ لِلْعَبْدِ مِنْهَا حِصَّةٌ مَا بَقِيَ، وَلِلْمَوْلَى حِصَّةٌ مَا مَضَى^(١). إلى هنا لفظُ الحاكمِ الشهيدِ في «مختصره»، والباقي يُعْلَمُ فِي «شروحه» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قوله: (وَمَنْ غَضِبَ عَبْدًا، فَاجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فَأَكَلَهُ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ).
وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ^(٢).

وصورتُها في «الجامع»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِي رَجُلٍ غَضِبَ عَبْدًا، فَاجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ مِنَ الْعَبْدِ فَأَكَلَهُ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: هُوَ ضَامِنٌ، فَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَى الْأَجْرَ قَائِمًا بَعَيْنِهِ؛ أَخَذَهُ كُلَّهُ، وَقَبْضُ الْعَبْدِ الْأَجْرَ جَائِزٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا»^(٣). إلى هنا لفظُ [أَصْلٍ]^(٤) «الجامع الصغير».

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ ﷺ: «مَسْأَلَةُ الضَّمَانِ مِنَ الْخَوَاصِّ»^(٥).

لهما: أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ [٣٤٣/٦م] فَيُضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَ الْعَبْدُ مِلْكًا

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١٤٧/ق، ١٤٨].

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [١٣٩/٩]، «تبيين الحقائق» [١٤١/٥]، «البنية شرح الهداية» [٣٣٢/١٠]، «درر الحكام شرح غرر الأحكام» [٢٣٨/٢]، «رد المحتار» [٧٤/٦].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٤٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٥) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٣].

غايه البير

المولى ، ولهذا لو كان الكسب قائماً بعينه أخذه المولى ، فعلم: أن الغاصب أتلّف ملك المولى فيضمن.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الغاصب أتلّفه بالتأويل في كسب العبد ؛ لأنه يملكه ، وأكسابه من وقت الغصب بأداء الضمان إذا هلك العبد ، والإتلاف بالتأويل لا ضمان فيه ، كالباعى إذا أتلّف مال العادل ، وإنما كان الاكساب للغاصب بالضمان ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الضمان بالخراج ^(١).

والدليل على أن المستهلك بالتأويل لا ضمان عليه: ما إذا باع عبدا رجلا ، فلم يقبضه المشتري ، فأجر العبد نفسه ؛ فالغلة للمشتري ، فلو استهلك البائع الغلة ، ثم أخذ المشتري العبد ؛ لا ضمان عليه في الغلة ؛ [لأنه إذا استهلك العبد قبل القبض لا ضمان عليه أصلاً] ^(٢) ، ولأنه أتلّف عيناً غير متقوم ، فلا يلزمه الضمان ؛ لأن التقوم لا يكون قبل الإحراز ، والإحراز بيد نفسه ، أو بيد نائبه ، والغاصب ليس بنائب عن المولى ، والعبد ليس بمحرر كسبه ؛ لأن نفسه ليس بمحرر به ؛ لأنه في يد الغاصب وضمانه ؛ لأنه مقهور في يد الغاصب ، فإذا لم يكن العبد محرراً نفسه ؛ فلأن لا يكون محرراً كسبه أولى .

وجاز قبض العبد الأجر ؛ لأنه هو العاقد ، وهذا لأن في الأجر نفعاً محضاً عند فراغ العبد عن العمل ^(٣) سالمًا ، وإن وجد المولى الأجر قائماً ؛ كان له أن يأخذ العبد والأجر جميعاً بالاتفاق .

وهما مرّا على أصلهما ؛ لأن ضمان الكسب يجب عندهما ، فإذا وجب

(١) يشير إلى حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: «قضى أن الخراج بالضمان» . وقد مضى تخريجه .

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «س» .

(٣) وقع بالأصل: «عن العبد» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «س» .

عَلَى مَا مَرَّ .

وَلَهُ أَنْ الضَّمَانُ يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحَرَّرٍ ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ ، وَهَذَا غَيْرُ مُحَرَّرٍ فِي حَقِّ الْعَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يُحَرِّزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحَرِّزُ مَا فِي يَدِهِ .

وَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَى الْأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ وَيَجُوزُ قَبْضُ الْعَبْدِ الْأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ مَاذُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ عَلَى مَا مَرَّ .

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ : شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْمَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحْرِيًّا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَى تَنْجِزِ الْحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَى مَا يَلِي الْأَوَّلَ ضَرُورَةً .

غَايَةُ الْبَيَانِ

الضَّمَانُ ؛ وَجَبَ الرَّدُّ إِنْ كَانَ قَائِمًا .

وَأَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله فَرَّقَ فَقَالَ : إِذَا اسْتَهْلَكَ الْغَلَّةَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ ، وَإِذَا كَانَتْ قَائِمَةً يَجِبُ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّ لِلْعَاصِبِ تَأْوِيلَ [٥١٩/٢] الْمَلِكِ ، وَلَيْسَ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى مَلِكِهِ ، وَكَانَتْ لَهُ حَالَةٌ بَيْنَ حَالَتَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً بِعَيْنِهَا وَجَبَ الرَّدُّ ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ ، كَالْبَائِعِ إِذَا اسْتَهْلَكَ غَلَّةَ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي ؛ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً تَرُدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي .

قَوْلُهُ : (عَلَى مَا مَرَّ) ، إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنْ وَجْهِ الاستِحْسَانِ : أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ سَالِمًا .

قَوْلُهُ : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ : شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(١) .

(١) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٤٤٥] .

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدَرَاهِمٍ، فَقَبِضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ - وَهُوَ أَبَقَ أَوْ مَرِيضٌ - فَقَالَ: أَبَقَ أَوْ مَرَضَ حِينَ أَخَذْتَهُ، وَقَالَ الْمَوْلَى: لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ

شَهَادَةُ الْمَبَايِنِ

وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَالَ: «شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ» انصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى الْإِيجَابِ الْأَوَّلِ، كَأَنَّهُ سَكَتَ عَلَيْهِ وَقَالَ: اسْتَأْجَرْتُ مِنْكَ عَبْدَكَ هَذَا شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ، فَهَذَا لَكَ يَنْصَرِفُ الْإِيجَابُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ، فَكَذَا هُنَا، فَلَمَّا انْضَافَ الْإِيجَابُ الْأَوَّلُ إِلَى الشَّهْرِ الْأَوَّلِ؛ تَعَيَّنَ الثَّانِي لِلَّذِي يَلِي ذَلِكَ الشَّهْرَ، حَتَّى لَوْ عَمِلَ فِي الشَّهْرِ [٣٤٣ م] الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي؛ اسْتَحَقَّ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ، وَلَوْ عَمِلَ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ اسْتَحَقَّ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيْنَجَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ إِجَارَةِ الرَّقِيقِ مِنْ «شرح الكافي»: «وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ عَبْدًا [شَهْرَيْنِ] ^(١): شَهْرًا بِخَمْسَةٍ، وَشَهْرًا بِسِتَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ بِخَمْسَةٍ، وَالثَّانِي بِسِتَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ فَقَالَ: شَهْرًا بِخَمْسَةٍ؛ انصَرَفَ إِلَى الشَّهْرِ الَّذِي يَعْقُبُ الْعَقْدَ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْعَقْدَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ يَنْبُتُ فِي الزَّمَانِ الَّذِي يَعْقُبُ الْعَقْدَ، وَالَّذِي يَعْقُبُ الْعَقْدَ هُوَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ.

وَلَوْ قَالَ: شَهْرًا بِسِتَةٍ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ؛ كَانَ الْأَوَّلُ بِسِتَةٍ، وَالثَّانِي بِخَمْسَةٍ لِمَا بَيَّنَّا، وَإِنْ اسْتَأْجَرَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ: شَهْرَيْنِ بِدَرَاهِمٍ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ؛ فَالشَّهْرَانِ الْأَوَّلَانِ بِدَرَاهِمٍ، وَالشَّهْرُ الْآخِرُ بِخَمْسَةٍ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِهِمَا فِي الذِّكْرِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدَرَاهِمٍ، فَقَبِضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ - وَهُوَ أَبَقَ أَوْ مَرِيضٌ - فَقَالَ: أَبَقَ أَوْ مَرَضَ حِينَ أَخَذْتَهُ، وَقَالَ الْمَوْلَى: لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «و»، «غ»، «و»، «س».

وَهُوَ صَحِيحٌ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَاجِرِ ، لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرِ مُخْتَمَلٍ فَيُرْجَحُ بِحُكْمِ الْحَالِ ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَى قِيَامِهِ مِنْ قَبْلُ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرْجَحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ . أَصْلُهُ الْإِخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ .

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

وَهُوَ صَحِيحٌ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَاجِرِ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوَرُتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام : فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مِنْ رَجُلٍ عَبْدًا لَهُ شَهْرًا بِدَرَهْمَيْنِ ، فَقَبَضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ ، ثُمَّ جَاءَ فِي آخِرِ الشَّهْرِ وَهُوَ آبِقٌ ، أَوْ مَرِيضٌ ، فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ : أَبَقَ حِينَ أَخَذْتُهُ ، وَقَالَ الْمُؤَاجِرُ : مَا كَانَ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ ، قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَإِنْ جَاءَ وَهُوَ صَحِيحٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ : أَبَقَ حِينَ أَخَذْتُهُ ، أَوْ مَرِضٌ حِينَ أَخَذْتُهُ ، وَكَذَّبَهُ الْمُؤَاجِرُ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَاجِرِ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَمَقْصُودُ الْمُسْتَأْجِرِ مِنْ دَعْوَى الْإِبَاقِ أَوْ الْمَرَضِ : دَفْعُ وَجُوبِ الْأَجْرَةِ عَنْ نَفْسِهِ ؛ لِعَدَمِ تَمَكُّنِهِ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ قَوْلَ الْمُؤَاجِرِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرِ يَخْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَالْأَلَّا يَكُونَ عَلَى السَّوَاءِ ؛ لِأَنَّ بِمَجْرَدِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ مَا لَمْ يَتَمَكَّنْ .

فَإِذَا تَعَارَضَ كِلَاؤُهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ؛ اخْتِيجَ إِلَى تَرْجِيحِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَيُحْكَمُ الْحَالُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ وَإِنْ لَمْ تَصْلُحْ حُجَّةً ؛ لِأَنَّ الْحَالَ يَدُلُّ عَلَى الدَّوَامِ ظَاهِرًا .

وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنَّهُ يَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً ؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَا يَصْلُحُ حُجَّةً ، فَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ الْحَالُ شَاهِدٌ لِلْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَرِيضٌ أَوْ آبِقٌ ، فَقُلْنَا بِفَوَاتِ التَّمَكُّنِ فِي الْمَاضِي ؛ لِفَوَاتِهِ فِي الْحَالِ ، وَالْمُؤَاجِرُ يَدَّعِي

(١) ينظر : «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٤٥] .

﴿ نهاية البيان ﴾

التمكّن ، والمستأجر [١/٣٤٤/٦] يُنكره ، فكان القول قول المُنكر .

وفي الفصل الثاني : الحال شاهد للمؤاجر ؛ لأن العبد صحيح غير آبق ، فكان التمكن ثابتاً في الحال ، فجعل ثابتاً فيما مضى بحكم الحال ، والمستأجر يدعي موات التمكن من الانتفاع ، والمؤاجر يُنكر ذلك ، فكان القول قوله .

نظيره : ما قال في «كتاب الإجازات» - في المستأجر [٢/٥١٩/٢] للرحى^(١) إذا ادّعى بعد المدة أن الماء كان منقطعاً - : أنه إن كان في الحال منقطعاً ؛ فالقول قول المستأجر ، وإن كان جارياً ؛ فالقول قول صاحب الرّحى لِمَا قلنا : إن الحال يصلح مرجحاً .

وقوله : (جاء آخر الشهر) ، يجوز برفع الرأى ونصبها ، فالأول على إسناد الفاعل إلى الآخر ، والثاني على الظرف . أي : جاء المستأجر في آخر الشهر .

ونختم الباب بمسألة ذكرها شيخ الإسلام علاء الدين الأسننجابي^(٢) في باب إجارة الرقيق من «شرح الكافي» قال : «وإذا استأجر الرجل عبداً ليخدمه كل شهر بأجر مُسمّى فهو جائز ؛ لأن الخدمة المعتادة معلومة ، ووقتها معلوم ، فصحت الإجارة ، وله أن يستخدمه من السحر إلى أن ينام الناس بعد العشاء الأخيرة ، وإنما يخدمه كما يخدم الناس ؛ لأن الوقت الذي يحتاج فيه الإنسان إلى الخدمة هذا ؛ لأن الناس ينامون بعد العشاء ، ويتنبهون قريباً من طلوع الفجر ، ويحتاج الأجير إلى أن يقوم قبله ؛ ليهيئ له» [٢] أسباب الضوء ، ويوقد النار والسراج ، وأشبه ذلك ، فلذلك قيّدناه به .

والله سبحانه أعلم .

(١) وقع بالأصل : «الرحى» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

بَابُ الْإِخْتِلَافِ

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوبِ ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوبِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً ، وَقَالَ الْخَيَّاطُ : بَلْ قَمِيصًا ، أَوْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوبِ لِلصَّبَّاحِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبِغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَّغْتَهُ أَصْفَرَ ، وَقَالَ الصَّبَّاحُ : لَا ، بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ ؛ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوبِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلُ الْإِذْنِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ ، لَكِنَّهُ يَخْلِفُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقْرَبَهُ لَزِمَهُ .

غاية البيان

بَابُ

الْإِخْتِلَافِ فِي الْإِجَارَةِ

لَمَّا ذَكَرَ مَسَائِلَ الْإِجَارَةِ بَلََا اخْتِلَافٍ بَيْنَ الْمُؤَاجِرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ : ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْإِتْفَاقَ هُوَ الْأَصْلُ ، وَالْخِلَافُ عَارِضٌ .

قَوْلُهُ : (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوبِ ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوبِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً ، وَقَالَ الْخَيَّاطُ : بَلْ قَمِيصًا ، أَوْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوبِ لِلصَّبَّاحِ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبِغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَّغْتَهُ أَصْفَرَ ، وَقَالَ الصَّبَّاحُ : لَا ، بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ ؛ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوبِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ : «فَإِنْ حَلَفَ فَالْخَيَّاطُ ضَامِنٌ»^(١) ، أَي : إِنْ حَلَفَ صَاحِبُ الثَّوبِ .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» : «فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوبِ أَخَذَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ»^(٢) .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدين الأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» : «وإن

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٠٤] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٦] .

.....
 هاية البيان

أقاما البيّنة، فالبيّنة بيّنة الخياط، وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط إذا لم يكن له بيّنة؛ لأنه يُنكر وجوب الضمان عليه.

وقال القُدوري رحمه الله في «شرح الكرخي»: «وقال الشافعي رحمه الله في «اختلاف العراقيين»^(١) مثل قولنا في موضع، وفي موضع آخر: يتحالفان، وإذا تحالفا سقط الضمان عن الخياط، وسقط الأجر^(٢)».

وجه قول [م/ظ ٤٤/٦] ابن أبي ليلى: أن صاحب الثوب اعترف بالإذن في القطع، وادّعى زيادة صفة أسقط بها الأجر، فلا يُقبل قوله.

قال القُدوري رحمه الله: «وهذا ليس بصحيح؛ لأن صاحب الثوب لم يعترف للخياط بالأجر، فلا يجوز إثبات الضمان عليه بغير اعترافه»^(٣).

ولنا: أنه إذا خاص مُستفاد من جهة صاحب الثوب، فوجب أن يكون القول قوله، كالوكيل والموكل، ولأنه قطع ثوب غيره وادّعى الإذن، فوجب أن يكون اليمين على المدّعي عليه، كما لو قال: لم آذن لك في شيء.

ولا معنى للتحالف الذي ادّعاه الشافعي رحمه الله؛ لأن صاحب الثوب ادّعى على الخياط الغصب، والخياط يدّعي الأجر، وذلك لا يثبت فيه تحالف، وإنما كان لرب الثوب في ضمان الخياط قيمة الثوب؛ لأنه لما حلف على دعوى الخياط؛

(١) اختلاف العراقيين: كتاب مشهور للإمام الشافعي - من جملة كتب الأم -، يذكر فيها المسائل التي اختلف فيها: أبو حنيفة، وابن أبي ليلى. فتارة: يختار إحداهما، ويؤيّف الأخرى. وتارة: يُزيّفهما، ويختار غيرهما. وهو: كتاب لطيف. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٣٩١/٢].

(٢) والقول الأول: هو الذي صحّحه الرافعي والنووي. ينظر: «اختلاف العراقيين» ملحق بـ «الأم» للشافعي [٢١٧/٨]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٤٣٦/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٧١/٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٦/٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [٦٦/ق].

غاية البيان

فَقَدْ صَارَ الْخِيَاطُ مُتَصَرِّفًا فِي ثَوْبِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ .

وَمَنْ قَطَعَ ثَوْبًا لغيرِهِ ، وَخَاطَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ؛ ضَمِنَ قِيَمَتَهُ ، وَإِنَّمَا كَانَ لَصَاحِبِ الثَّوْبِ أَخَذَ الثَّوْبَ ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ فِي الْقَطْعِ وَالْخِيَاطَةِ ، وَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْخِيَاطُ ، لَا عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْمَأْمُورِ بِهِ ؛ فَقَدْ وَجَدَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعَ تَغْيِيرِ الصِّفَةِ ، فَكَانَ لَصَاحِبِ الثَّوْبِ أَنْ يَرْضَى بِهِ . [٥٢٠/٢]

وَإِنَّمَا وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعْمَلَ لَمْ يَرْضَ بِدَفْعِ الْمُسَمَّى إِلَّا عَلَى مَنَفَعَةٍ موصوفةٍ بِكَمَالِهَا ، وَإِنَّمَا لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الصَّانِعَ رَضِيَ بِهِ بَدَلًا عَنِ الْمَنَفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحَقَّ فِيهَا دُونَهَا أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قُبَيْلَ بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» : «وَإِذَا دَفَعَ الرَّجُلُ إِلَى صَبَّاحٍ ثَوْبًا يَصْبُغُهُ بِصَبْغٍ سَمَّاهُ مِنْ عُصْفَرٍ ، أَوْ زَعْفَرَانٍ ، أَوْ بَقَمٍ ^(١) ، أَوْ سَوَادٍ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَإِنْ خَالَفَهُ فَصَبَّغَهُ غَيْرَ مَا سَمَّى لَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَزِيدُ مِنْ ذَلِكَ الصَّبْغِ ؛ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ أَيْضًا .

وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ مَا سَمَّى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَالَفَهُ صِفَةً ؛ لَمْ يَكُنْ مَأْمُورًا بِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ ، وَإِنْ شَاءَ رَضِيَ بِهِ ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَافَقَهُ أَصْلًا وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ مِنَ الْعَمَلِ ، فَيُنْقَصُ مِنَ الْأَجْرِ .

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيمَا أَمَرَهُ أَنْ يَصْبُغَهُ بِهِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ

(١) الْبَقَمُ - مفتوح الباء مشدّد القاف - : شَجَرٌ يُصْبَغُ بِهِ . ينظر : «السان العرب» لابن منظور [٥٢/١٢] مادة : بقم .

قَالَ: وَإِذَا حَلَفَ فَالْحَيَاطُ ضَامِنٌ وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجَرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ إِذَا حَلَفَ، إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيَمَةَ الثَّوبِ أبيض، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوبَ وَأَعْطَاهُ أَجَرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَضَبِ.

غاية البيان

الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، فَلَوْ أَنْكَرَ الْأَمْرَ أَصْلًا؛ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَنْكَرَ وَضَفَهُ.

قَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أَي: قُبِيلَ بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ.

قَوْلُهُ: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَضَبِ)، أَي: ذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» (رحمه الله)، وَهَذِهِ رَوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ (رحمه الله)، يَعْنِي: أَنَّ الْغَاصِبَ لِلثَّوبِ [٣٤٥/٦ م] إِذَا صَبَّغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ أَصْفَرَ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوبِ ضَمِنَهُ قِيَمَةَ الثَّوبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوبَ وَأَعْطَاهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، فَكَذَلِكَ هُنَا، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ قِيَمَةَ الثَّوبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوبَ وَأَعْطَاهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَالَفَهُ فِي الصِّفَةِ؛ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ.

قَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: وَالصَّبَّاعُ إِذَا خَالَفَ، فَصَبَّغَ الْأَصْفَرَ مَكَانَ الْأَحْمَرِ؛ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيَمَةَ ثَوْبٍ أبيض، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَأَعْطَاهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلَا أَجَرَ لَهُ، وَلَوْ صَبَّغَ رَدِيئًا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فَاحِشًا لَا يَضْمَنُ، وَإِنْ كَانَ فَاحِشًا بِحَيْثُ يَقُولُ أَهْلُ تِلْكَ الصَّنْعَةِ: إِنَّهُ فَاحِشٌ؛ يَضْمَنُ قِيَمَةَ ثَوْبٍ أبيض.

وَفِي «الْمَحِيطِ»: «لَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَصْبِغَهُ بَزْغَفَرَانٍ أَوْ بَقَمٍ، فَصَبَّغَهُ عَيْنَ مَا سَمَّى، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُشْبِغْ صَبْغَهُ، وَقَدْ أَمَرَهُ صَاحِبُ الثَّوبِ أَنْ يُشْبِغَهُ؛ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيَمَةَ ثَوْبِهِ أبيض، وَسَلَّمْ لَهُ الثَّوبَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجَرَ مِثْلِهِ، لَا

وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: عَمِلْتُهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرِ، وَقَالَ الصَّانِعُ: بَلْ بِأَجْرٍ؛
فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ إِذْ هُوَ

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

يُرَادُ عَلَى الْمُسَمَّى فِي الْأَصْلِ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْخُلَاصَةِ».

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: عَمِلْتُهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرِ، وَقَالَ الصَّانِعُ: بَلْ بِأَجْرٍ؛
فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»،
وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: إِنْ كَانَ حَرِيفًا^(٢) لَهُ فَلَهُ الْأَجْرُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
حَرِيفًا لَهُ فَلَا أُجْرَةَ لَهُ».

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ بِالْأَجْرَةِ؛ فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ^(٣).

وَأَثَبَتِ الشَّيْخُ أَبُو نَضْرٍ الْبَغْدَادِيُّ رحمته الله فِي «شَرْحِهِ» لَفْظَ الْقُدُورِيِّ بِقَوْلِهِ: «فَالْقَوْلُ
قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله مَعَ يَمِينِهِ»^(٤).

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ أَيْضًا فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا عَمِلَ الصَّانِعُ
وَطَلَبَ الْأَجْرَ، فزَعَمَ صَاحِبُ الثَّوْبِ أَنَّهُ عَمَلَهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَقَالَ أَبُو
يُوسُفَ رحمته الله: إِنْ كَانَ حَرِيفًا لَهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَرِيفًا لَهُ؛ فَالْقَوْلُ
قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ نَصَبَ نَفْسِهِ لَتِلْكَ الصَّنَاعَةِ؛

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٢٧].

(٢) الْحَرِيفُ: هُوَ الْخَلِيطُ وَالْمُعَامِلُ. وَجُمُعُهُ: حُرَفَاءٌ، مِثْلُ: شَرِيفٍ وَشُرَفَاءٍ. يَنْظُرُ: «المصباح المنير»
للفيومي [١/١٣٠/مادة: حرف].

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٤].

(٤) قَالَ فِي التَّصْحِيحِ: وَرَجَّحَ دَلِيلُ الْإِمَامِ فِي الْهَدَايَةِ، وَأَجَابَ عَلَى دَلِيلِهِمَا، وَاعْتَمَدَهُ الْإِمَامُ الْمَحْبُوبِيُّ
وَالنَّسْفِيُّ وَصَدَرَ الشَّرِيعَةُ، وَجَعَلَ جَوَاهِرُ زَادَةِ الْفَتَوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ. يَنْظُرُ: «المحيط البرهاني»
[٥٣٨/٧]، «التصحيح والترجيح» [ص/٢٦٠]، «العناية شرح الهداية» [٩/١٤٣]، «تبيين
الحقائق» [٥/١٤٣]، «درر الحكाम» [٢/٢٣٨] «اللباب شرح الكتاب» [٢/١٠٣].

بِحَقْوِهِ بِالْعَقْدِ وَيُسَكِّرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ.

معه البصر

وَهُوَ لَا جُرْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَصَبَ نَفْسَهُ لَهَا فَلَا أَجْرَ لَهُ.

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا قِيَمَةَ لَهَا إِلَّا بِعَقْدٍ أَوْ شُبْهَةِ عَقْدٍ، وَلَا يَغْنَمُ وَجُودُ ذَلِكَ، فَلَا يَجُوزُ تَقْوُمُهَا، وَلِأَنَّ الصَّانِعَ يَدَّعِي أَمْرًا حَادِثًا تَقَوُّمُ بِهِ الْمَنَافِعُ، وَهُوَ الْعَقْدُ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ رحمته الله: أَنَّ [٥٢٠/٢] الْحَرِيفَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ السَّلْعَةَ عَلَى نَعْدِ الَّذِي بَيْنَهُمَا، فَيَصِيرُ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي التَّقْوِيمِ، وَغَيْرُ الْحَرِيفِ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ إِلَّا بِتَسْمِيَةٍ، فَوَجِبَ اعْتِبَارُ الْعَادَةِ؛ لِأَنَّ الْمَعْتَادَ كَالْمَنْطُوقِ بِهِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: اعْمَلْهُ بِأَجْرٍ. جَوَابُهُ: أَنَّهُ رَبَّمَا يَعْمَلُ بغيرِ أَجْرٍ مَنْ يَعْمَلُ بِأَجْرٍ، فَكَانَ الْعُرْفُ مُشْتَرَكًا، فَلَا يَصْنَعُ مُقَيَّدًا، فَوَجِبَ الرُّجُوعُ إِلَى النُّطْقِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته الله: أَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ نَصَبَ نَفْسَهُ لِلصَّنَاعَةِ [٥٣٤/٦] أَلَّا يَعْمَلَهَا مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ، فَكَانَ الظَّاهِرُ مَعَ الصَّانِعِ، وَمَنْ لَمْ يَنْصَبْ نَفْسَهُ لِلصَّنَاعَةِ؛ فَلَا ظَاهِرَ مَعَهُ، فَلَا يُلْتَمَسُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ.

وَجَوَابُهُ: أَنَّ الظَّاهِرَ يَصْلُحُ لِلدَّفْعِ، لَا لِلِاسْتِحْقَاقِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ الْاسْتِحْقَاقَ عَنْ نَفْسِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبِتَ الْاسْتِحْقَاقَ عَلَى غَيْرِهِ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ رحمته الله: «وَأَمَّا قَوْلُهُ: مَعَ يَمِينِهِ. فَلِأَنَّ مَنْ جُعِلَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا هُوَ خَصْمٌ فِيهِ، وَالشَّيْءُ مِمَّا يَصِحُّ بِذَلِكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ كَالْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى هَلَكَ الْوَدِيعَةَ، وَإِذَا حَلَفَ رَبُّ الثَّوبِ لَزَمَهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَوْبِهِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الصَّبْغِ لَمْ يَرْضَ أَنْ يُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ صِبْغُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَلَزَمَهُ ذَلِكَ»^(١). كَذَا فِي «شرح الأقطع» رحمته الله.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٣١٥/١].

❦ غاية البيان ❦

ثُمَّ اَعْلَمَ: أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ، وَلِهَذَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «لَوْ قَالَ عَمِلْتَهُ لِي بَغِيرِ أَجْرٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ إِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ، وَهُوَ يُنْكِرُ الْعَقْدَ». وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ.

ولِهَذَا قَالَ صَاحِبُ «النَّافِعِ»: «وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: إِنْ كَانَ حَرِيفًا؛ فَلَهُ الْأَجْرُ».

فَعَلِمَ: أَنَّ خِلَافَهُمَا لَيْسَ بِظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

وَقَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» وَ«التَّمَمَةِ»: «دَفَعَ إِلَى قَصَّارٍ ثَوْبًا لِيَقْصُرَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أَجْرًا، لَمْ يَذْكُرْ جَوَابَهَا فِي الْكِتَابِ - يَعْنِي: فِي إِجَارَاتِ «الْأَصْلِ» - وَفِي غَيْرِ رَوَايَةِ الْأَصُولِ: فِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: مُتَبَرِّعٌ.

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: كَذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَلِيطَهُ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ ثَوْبًا لِلْقَصَّارَةِ بِالْأَجْرِ عَادَةً.

وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته الله: إِنْ اتَّخَذَ دُكَّانًا وَانْتَصَبَ لِعَمَلِ الْقَصَّارَةِ؛ يَجِبُ الْأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرُ زَادَهُ رحمته الله: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» وَ«التَّمَمَةِ».

ثُمَّ نَقَلَ فِي «التَّمَمَةِ» عَنِ «الْكَافِي»^(٢): «إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُنْكَرِ لِلْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِالْعَقْدِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ عَيْنًا ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَ الدَّافِعُ:

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٣١].

(٢) وقع بالأصل: «الوافي». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

غاية البيان

مَوْ قَرْضٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: هِبَةٌ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مُتَقَوِّمٌ بِنَفْسِهِ، وَالْآخَرُ يَدَّعِي الْإِبْرَاءَ عَنْ قِيَمَتِهِ^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِينَجَابِيُّ رحمته الله فِي شَرْحِ «الْكَافِي»^(٢): «وَلَوْ أَسْلَمَ ثَوْبًا إِلَى صَبَّاحٍ يَصْبِغُهُ أَحْمَرَ، فَصَبَّغَهُ ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَ الصَّبَّاحُ: صَبَّغْتُهُ بِدَرَاهِمٍ. وَقَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: صَبَّغْتُهُ بِدَانِقَيْنِ. فَإِنِّي أَنْظُرُ إِلَى مَا زَادَ الصَّبْنُ فِيهِ: فَإِنْ كَانَ دَرَاهِمًا أَوْ أَكْثَرَ؛ فَلَهُ دَرَاهِمُ؛ لِأَنَّ الْحَالَ يَصْلُحُ حُكْمًا فِي الْبَابِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَشْهَدُ نُهُ الظَّاهِرُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ دَانِقَيْنِ؛ أُعْطِيَتْهُ دَانِقَتَيْنِ بَعْدَ أَنْ يُحْلَفَ رَبُّ الثَّوْبِ مَا صَبَّغَهُ إِلَّا بِدَانِقَيْنِ.

نَظِيرُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ: فِي الْمَهْرِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَإِنَّهُ يُحَكَّمُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وَإِنْ كَانَ الصَّبْنُ [٣٤٦/٦ م] سَوَادًا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ مَعَ يَمِينِهِ^(٣)؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ زِيَادَةَ أَجْرِ، وَهُوَ يُنْكِرُ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الْمَحَلِّ عَيْنٌ قَائِمَةٌ حَتَّى يَقْطَعَ حَقَّهُ عَنْهَا، وَلَوْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: صَبَّغْتُهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرِ؛ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّ السَّوَادَ يُنْقِصُ الثَّوْبَ.

أَمَّا إِذَا كَانَ صَبْنًا يَزِيدُ فِي الثَّوْبِ، فَقَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: صَبَّغْتُهُ بِغَيْرِ أَجْرِ. وَقَالَ الصَّبَّاحُ: صَبَّغْتُهُ بِدَرَاهِمٍ. فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ هَذَا يَدَّعِي الْهِبَةَ، وَالْآخَرُ يَدَّعِي [٥٢١ ٢] التَّجَارَةَ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِيًا وَمُدَّعَى عَلَيْهِ، ثُمَّ يَضْمَنُ رَبُّ الثَّوْبِ مَا زَادَ الصَّبْنُ فِي ثَوْبِهِ؛ لِأَنَّهُ احْتَبَسَ حَقَّهُ عِنْدَهُ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ دَرَاهِمُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي

(١) ينظر: «اتممة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/٩٨].

(٢) ذكره في باب الاستصناع. كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) وهذا عند أبي حنيفة، وبه صرح شمس الأئمة الحلواني في «محيطه»؛ لأن عند أبي حنيفة السواد نقصان، فكان صبغه كلا صبغ. وعندهما: السواد كالحُمْرة. كذا جاء في حاشية: «ج»، «م»، «و»، «س».

كتاب الإقرار

عليه أكبر من ذلك.

ولو اختلف الموعود ورث الثوب في مقدار الأجر، فإن كان، أم بأشياء في
نحوه، بعضها وبراءة، لأن كل واحد مدعي ومدعى عليه، القدر الذي يدعي استحقاقه
فإن أسرى راتب، ورث الثوب يدعي استحقاق العمل عليه بأجر ناقص، فيحالفان،
وقد أتت إظهار فائدة المحالف، وهو الفسخ، لأن الموعود لم يمتد مسامحة، فادعى
رذ العمد، وغزو الأمر إلى ما كان من قبل.

وإن كان فرغ من العمل، فالقول قول رب الثوب، ولا يحالفان، لأن
المحالف للفسخ وقد تعدد، وكذلك لو قال: عملته لي بغير أجر، فالقول قول رب
الثوب، لأن العمل إنما يتقوم بالعقد، وهو ينكر العقد. إلى هنا لفظ شيخ الإسلام
علاء الدين الأسينجابي.

وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمته في «مختصره»: «وإذا استأجر رجل من
رجل داراً أو دابة أو غير ذلك، فاختلفا بعد وقوع العقد قبل أن يتصرف المشتأجر
فيما استأجره، والإجارة واقعة على صحته، فاختلفا في الأجر، فقال المشتأجر:
بخمسة دراهم، وقال المؤاجر: بعشرة دراهم، فإلّهما يتحالفان، وتفسخ الإجارة.

ومن نكل^(١) منهما عن اليمين لزمه دعوى صاحبه، ومن أقام منهما بيّنة قبلت
بيّنته، فإن أقاما جميعاً بيّنة: كل واحد منهما يقيم البيّنة على ما ادعى، فإن البيّنة
بيّنة المؤاجر، لأنه يدعي فضلاً فيما يستحق بالعقد.

وإن اختلفا في المدة، أو في المسافة، أو فيما وقع عليه العقد، فقال

(١) نكل: مصدره النكول: وهو الجبن والنكوص، والناكل من الرجال الضعيف والجهل. وفي الاصطلاح:
الامتناع من الحلف، ينظر: «مختار الصحاح» ٢٨٣، «القاموس المحيط» ١٣٧٦، «الفتح الباق»
١١٩٢/٦.

غاية البيان

المُسْتَأْجِرُ: استأجرت شهرين^(١) بعشرة، وقال المؤاجر: شهراً واحداً بعشرة. أو
قَرَّ: استأجرت إلى الكوفة بعشرة، وقال الآخر: آجرتك إلى القصر بعشرة، فهو
مِثْلُ الأول في التحالف والنكول وإقامة البيئة، فإن أقاما جميعاً البيئة؛ فالبيئة بيئته
المُسْتَأْجِرُ؛ لأنه يدعي فضلاً فيما استحقه بعقد الإجارة فجحدته الآخر، فاليمين
على الجاحد، والبيئة على المدعي على ما فسرت لك.

فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر [٦/٦١، ٣٤٦/ظ م]، وادعى المُسْتَأْجِرُ
فضلاً فيما يستحقه على المؤاجر، فقال المؤاجر: آجرتك إلى القصر بعشرة. وقال
المُسْتَأْجِرُ: إلى الكوفة بخمسة. أو قال آجرتك الدار شهراً بعشرة دراهم، وقال
المُسْتَأْجِرُ: استأجرت شهرين بخمسة؛ فهما أيضاً في التحالف والنكول كما ذكرت
لك، وفي إقامة أحدهما البيئة.

فإن أقاما جميعاً بيئته قبلت بيئته كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه
بعقد الإجارة، فيكون إلى الكوفة بعشرة، وشهران بعشرة؛ تكون البيئة بيئته
المؤاجر فيما ادعى من فضل الأجر، والبيئة بيئته المُسْتَأْجِرُ فيما ادعى من فضل
الوقت أو المسافة.

فإن لم تكن له بيئته، وقد سار بعض الطريق، أو ركب بعض المسافة؛ كان
القول قول المُسْتَأْجِرِ فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان، وتفسخ الإجارة فيما بقي،
وإن كان اختلافاً فهما بعد مُضِيِّ وَقْتِ الإجارة، وبعد بلوغ الغاية التي استأجر إليها؛
فالقول قول المُسْتَأْجِرِ مع يمينه، ولا يمين على المؤاجر^(٢). إلى هنا لفظ الكرخي
في «مختصره».

(١) وقع بالأصل: «شهرًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٥].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنَّ كَانَ الرَّجُلُ حَرِيفًا لَهُ أَيُّ خَلِيطًا لَهُ فَلَهُ الْأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا؛
لِأَنَّ سَبَقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجْرِ جَرِيًّا عَلَى مُعْتَادِهِمَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنَّ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ بِالْأَجْرِ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ؛
لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الْحَانُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى التَّنْصِصِ عَلَى الْأَجْرِ؛ اِغْتِبَارًا
لِلظَّاهِرِ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ
الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الْإِسْتِحْقَاقِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

————— غَايَةُ الْبَيَانِ —————

وقد كتبت هذه المسائل تكثيراً للفوائد لمن ينظر في كتابنا هذا؛ رجاءً لصالح
دعائه.

قوله: (إن كان حريفاً)، يقال: فلان حريف فلان. أي: مُعَامِلُهُ. كذا في «ديوان
الأدب»^(١)، و«المجمل»^(٢).

وفسره صاحب «الهداية»^(٣) بالخليط، وأراد به: ما ذكرنا، وهو الذي كان
له مع الصَّبَاغِ أو الْقَصَّارِ خُلْطَةٌ ومعاملةٌ، وكان يَدْفَعُ إليه الثوبَ مراراً بالأجرة؛
لِيَقْصُرَهُ أو لِيَصْبِغَهُ، ففي هذه المرة دفع إليه الثوبَ لِيَقْصُرَهُ [٢١/٢ هـ ظ] أو لِيَصْبِغَهُ ولم
يذكر الأجرة، فَقَصَرَهُ أو صَبِغَهُ، فاختلفا بعد ذلك في الأجر، وَلَمْ يُرِدْ بِهِ الشَّرِيكَ.
والله أعلم.



(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٤١٥/١].

(٢) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٢٢٧].

بَابُ فَسْخِ الْإِجَارَةِ

غاية البيان

بَابُ فَسْخِ الْإِجَارَةِ

ذَكَرَ الْفَسْخَ آخَرًا ؛ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ بَعْدَ وَجُودِ الْعَقْدِ لَا مُحَالَةً ، فَنَاسَبَ ذِكْرُهُ
أَحْرًا .

اعْلَمْ أَوَّلًا : أَنَّ الْإِجَارَةَ هَلْ تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ ؟ فِيهِ خِلَافٌ ، فَعِنْدَنَا : تُفْسَخُ خِلَافًا
نُشَافِعِيٍّ ^(١) ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَجَدَ دَفْعَةً عَلَى الْمَنَافِعِ ، فَصَارَ كَبَيْعِ الْعَيْنِ .

وَلَنَا : أَنَّ الْإِجَارَةَ جُوزَتْ لِلْعَذْرِ ، فَلِأَنَّ تَفْسِيخَ بِالْعَذْرِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ جَوَازَ
الْإِجَارَةِ لِلْحَاجَةِ ، فَإِذَا ظَهَرَ الْعَذْرُ لَمْ يَتَّقَ مُحْتَاجًا ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِبْقَاءِ ، وَلِأَنَّ
وَجُودَ الْعَذْرِ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ الْمَتَمَكِّنِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ فِي اسْتِدَامَةِ الْعَقْدِ
ضَرَرًا زَائِدًا يُلْزِمُهُ ، وَلَهُ أَلَّا يُلْتَزِمَ .

ثُمَّ الْعَذْرُ مَا هُوَ ؟ قَالَ فِي « شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ » : « وَالْعَذْرُ مِنْ جِهَةِ الْمُوَاجِرِ ، أَيِ :
يُلْحَقُهُ دَيْنٌ فَادِحٌ ^(٢) ، لَا وَفَاءَ لَهُ إِلَّا بِبَيْعِ الشَّيْءِ الْمُسْتَأْجَرِ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ ثَبَتَ قَبْلَ
عَقْدِ الْإِجَارَةِ .

وَلَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ بِالْإِقْرَارِ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ : كَذَلِكَ أَيْضًا .
وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ ^(٣) : لَا تَنْتَقِضُ الْإِجَارَةُ . وَإِذَا ثَبَتَ الْعَذْرُ مِنْ جِهَةِ

(١) ينظر : « الحاوي الكبير » للماوردي [٣٩٣/٧] ، و« العزيز شرح الوجيز » للرافعي [١٦٣/٦] .
و« روضة الطالبين » للنووي [٢٣٩/٥] .

(٢) وقع بالأصل و«م»، و«س»، و«غ» : «قادح». والمثبت من : «ن»، و«ج» .

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يُضِرُّ بِالسُّكْنَى؛ فَلَهُ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تَوْجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ [١/١٢٣]

• هَايَةَ الْبَيَان •

الْمُؤَاجِرِ فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَبِيعُهُ أَوَّلًا، ثُمَّ يَنْقُضُ الْإِجَارَةَ، وَلَا يَنْقُضُ بِنَفْسِ الْعَذْرِ.

والعذر [١/٣٤٧/٦] مِنْ جِهَةِ الْمُسْتَأْجِرِ: أَنْ يُرِيدَ سَفَرًا، أَوْ أَفْلَسَ وَقَامَ مِنَ السُّوقِ، أَوْ تَرَكَ الْحِرْفَةَ وَأَخَذَ فِي الزَّرَاعَةِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ وَتَرَكَ الزَّرَاعَةَ وَأَخَذَ فِي التِّجَارَةِ، أَوْ مَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَكُونُ عَذْرًا، فَأَمَّا إِذَا وَجَدَ أَرْخَصَ مِنْ ذَلِكَ، فَأَرَادَ أَنْ يَتْرَكَ هَذَا، وَيَأْخُذَ الْأَرْخَصَ؛ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْلَعَ سِنَّهُ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَلَّا يَقْلَعَ، فَإِنَّهُ يَكُونُ عَذْرًا، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ لِيَهْدِمَ دَارَهُ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَلَّا يَهْدِمَ فَهُوَ عَذْرٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَقَعَتْ فِي يَدِهِ آكِلَةٌ، فَاسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْطَعَ يَدَهُ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَلَّا يَقْطَعَ؛ فَهُوَ عَذْرٌ^(١).

قَالَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ رحمته الله فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»^(٢): «وَمِنْ السَّلَفِ مَنْ يَرَى نَقْضَ الْإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ، قَالَ: وَأَحْسَبُهُ قَوْلَ شَرِيحٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نَقْضُهَا مِنْ غَيْرِ عَذْرِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٣).

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يُضِرُّ بِالسُّكْنَى؛ فَلَهُ الْفَسْخُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤)، وَذَلِكَ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ، فَحُدُوثُ الْعَيْبِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ يُوجِبُ الْخِيَارَ، كَمَا فِي الْمَبِيعِ، ثُمَّ الْمُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْأَجْرِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَالْمَشْتَرِي إِذَا رَضِيَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٢٨٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤٠١/٣].

(٣) مضمي تخريجہ.

(٤) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٥].

مصر - عيب - خيار كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد
صر - عيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع، وإن فعل المؤجر ما أزال به
عيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه.

غاية البيان

جميع عيب

وجملة ذلك: ما قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمته الله في «مختصره»: «وإذا
سحر الرجل عبداً ليخدمه، أو دابةً ليركبها إلى مكانٍ معلوم، أو داراً، فحدث فيها
عيبٌ يضرُّ بالانتفاع بما استؤجر من ذلك؛ فالمستأجر بالخيار: إن شاء مضى على
الإجارة. وإن شاء فسخ، وإن مضى على ذلك؛ فعليه الأجر تاماً لا ينقص منه شيئاً.
وكذلك إن كان الحادث سقوط بيتٍ منها، فمضى على الإجارة، لا ينقص
منه شيئاً، وإن كان ما حدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به، فلا خيار له،
وإجارة له لازمة، فإن بنى المؤجر ما سقط؛ لم يكن للمستأجر أن يفسخ
الإجارة. فإن كان المؤجر غائباً، فحدث ما يوجب الفسخ، فليس للمستأجر أن
يفسخ الإجارة، وإن سقطت الدار كلها؛ فله أن يخرج، كان صاحب الدار شاهداً
وغائباً»^(١). إلى هنا لفظ الكرخي رحمته الله.

والأصل فيه: أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة؛ فإن أثر ذلك في المنافع
يثبت الخيار [٥٧٢ ١] للمستأجر، كالعبد إذا مرض، والدابة إذا مرضت، والدار
إذا تهدم بعضها؛ لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه، فحدث عيب فيه قبل
القبض يوجب الخيار، وإن لم يؤثر ذلك في المنافع؛ لا يثبت الخيار، كالعبد
المستأجر للخدمة إذا ذهب إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة [٥٧٢ ١/٦]، أو
سقط شجره، والدار إذا سقط منها حائط لا يتفكع به في سكناها؛ لأن العقد ورد

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٦٤/ق].

على المَنفَعَةِ دون العَيْنِ .

وهذا النقص حصل بالعين دون المَنفَعَةِ ، والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ، ثم فيما يثبت له الخيار إذا استوفى المَنفَعَةُ يلزمه الأجر كاملاً ، كالمشتري إذا رضي بالمعيب .

ثم إذا حدث ما يوجب الفسخ ، لا يجوز الفسخ إلا بحضور المتعاقدين ؛ لأنَّ حضورهما أو حضور نائبيهما شرط الفسخ ، فإن سقطت الدار كلها ؛ فله أن يخرج ، شاهداً كان صاحب الدار أو غائباً .

وتكلم أصحابنا هنا بطريقتين : منهم من قال : يفسخ العقد بانهدام الدار ووقوعها ؛ لأنَّ الإجارة تنفسخ بطلان المَنفَعَةِ المعقود عليها وإن أمكن الانتفاع من وجه آخر ؛ لأنه جنس آخر .

وقد قال محمد عليه السلام : استأجر رَحَى ماء ، فانقطع الماء بعد ستة أشهر ؛ يفسخ العقد ، فإن أمسك حتى مضت السنة ؛ عليه أجر ستة أشهر ، إلا إذا كان البيت يُتَفَعُّ به لغير الطحن ، فعليه من الأجر بحصته لبقاء جزء من المعقود عليه له حصة بالعقد .

ومن أصحابنا من قال : لا يفسخ العقد بانهدام الدار ، بل يثبت له حق الفسخ ، فإنه قال في الصلح : إذا صالح على سُكْنَى دارٍ فانهدمت ؛ لم يفسخ الصلح . كذا ذكر شمس الأئمة البيهقي عليه السلام في «الكفاية» .

وقال في «الفتاوى الصغرى» و«التتمة» : «إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار المُسْتَأْجَرَةُ ؛ للمُسْتَأْجِرِ أن يفسخ ، ولا يملك الفسخ بغيبه المالك بالإجماع ؛ لأنَّ هذا ردٌ بالعيب ، وذلك لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع .

قال: وإذا خربت الدار، أو انقطع شرب الضيعة، أو انقطع الماء عن الرحى، انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات، وهو المنافع المخصوصة قبل القصر فشابهت فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر.

غاية البيان

إنما الخلاف^(١) في الرد بخيار الشرط^(٢)، وإن انهدمت الدار كلها: فله الفسخ من غير حاضرة رب الدار، لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم تُفسخ؛ لأن الانتفاع بالعرضة ممكن، كما ذكر في الصلح، إليه ذهب خواهر زاده.

وفي «إجارات شمس الأئمة (عليه السلام)»: إذا انهدمت الدار كلها؛ فالصحيح: أنه لا تنفسخ الإجارة، لكن سقط الأجر عنه^(٣)، فسح أو لم يفسح. في باب إجارة الدور والبيوت. إلى هنا لفظ «الفتاوى الصغرى»^(٤) و«التتمة»^(٥).

وذكر في «الفتاوى الصغرى» أيضاً: «إذا استأجر أرضاً للزراعة، فزرع فاضطلمه آفة؛ يجب أجر ما مضى، ويسقط أجر ما بعد الاضطرار»^(٦)^(٧).

قوله: (وإذا خربت الدار، أو انقطع شرب الضيعة، أو انقطع الماء عن الرحى؛ انفسخت الإجارة)، أي: قال القُدوري (عليه السلام) في «مختصره»^(٨).

وللمشايع كلام في انفساخ الإجارة مر ذكره قبل هذا، وهذا الذي ذكره هو

(١) عن أبي يوسف: يجوز الفسخ وإن لم يحضر الآخر. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «كما في الرد بخيار الشرط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «الأجر عليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٣٦].

(٥) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠١].

(٦) الاضطرار: افتعال من الصلح، وهو القطع والاستئصال. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣/٤٩ / مادة: صلح].

(٧) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٣٦].

(٨) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٠٥].

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسُخُ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَى وَجْهِ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ الْإِبَاقَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الْأَجْرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْأَجْرِ، وَهَذَا تَنْصِصُ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسَخْ وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ.

وَلَوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَابْتُئِتْ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ؛ فَعَلَيْهِ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

غاية البيان

اِخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ صَاحِبُ «التَّحْفَةِ»، وَأَبُو نَصْرِ الْبَغْدَادِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «شَرْحِهِ»، وَاِخْتِيَارُ خَوَاهِرِ زَادَهُ وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِخِلَافِ ذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ آنْفًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا قَدْ عُدِمَتْ، وَفَوَاتُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يُوجِبُ بَطْلَانَ الْعَقْدِ، كَهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَكَمَوْتِ [٢/٣٤٨/٦] الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجِرِ. وَضَيْعَةُ الرَّجُلِ: عَقَارُهُ. كَذَا فِي «الْجُمُهرَة»^(١)، وَالْجَمْعُ: ضِيَاعٌ، مِنْهُ قَوْلُ بَعْضِهِمْ^(٢):

فَالْمَاءُ يُفْنِي مَاءَ وَجْهِ الْفَتَى * وَصَاحِبُ الضَّيْعَةِ فِي ضَيْعَةِ قَوْلِهِ: (وَلَوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَابْتُئِتْ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ؛ فَعَلَيْهِ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ)، أوردَ هَذِهِ [٢/٥٢٢/٢] الْمَسْأَلَةَ اسْتِشْهَادًا بِهَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسُخُ الْعَقْدُ بِانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنِ الرَّحَى.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِينَجَابِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «شَرْحِ الْكَافِي»: «فَإِنْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنْهَا - أَي: عَنِ الرَّحَى - فَلَمْ تَعْمَلْ؛ رُفِعَ عَنْهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِسَابِ ذَلِكَ؛

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٩٠٥].

(٢) هو القاضي أبو منصور محمد بن عبد الجبار السمعاني. كما نسبته إليه الباخرزي في «دمية القصر وعصرة أهل العصر» [٢/٨٤٨].

.....

﴿ هاية البيان ﴾

لأنَّ الأجرَ يَجِبُ في مقابلةِ الانتفاعِ ، فأقيمَ التَّمَكُّنُ مِنَ الانتفاعِ مكانَ حقيقته^(١) ،
وقد قُفِدَ ، فلا يَجِبُ الأجرُ .

وله أن يَنْقُضَ الإِجَارَةَ ؛ لَأَنَّهُ فَاتَ المقصودُ منها ، وهو الانتفاعُ بالمحلِّ ، فإنَّ
لَهُ بِنَقْضِهَا حتَّى عادَ الماءُ لزمته الإِجَارَةُ ؛ لأنَّ المعنى المُعْجَزَ عن الانتفاعِ قد زالَ ،
فلزمَ العقدُ .

ولا يُقَالُ : بَأَنَّهُ قد تَفَرَّقَتْ عليه الصفقةُ ، فينبغي أن يَتَخَيَّرَ عندَ زوالِ العذرِ
كَالْمَبِيعِ إذا هَلَكَ بعضُهُ قبلَ القبضِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : هذا تفرَّقَ بعدَ تمامِ الصفقةِ ؛ لأنَّ
جَعَلْنَا قبضَ المحلِّ كقبضِ المَنَافِعِ .

ومتى قبضَ الدارَ ، ثُمَّ تَعَذَّرَ عليه الانتفاعُ ؛ كَانَ هذا عيبًا حَادِثًا بعدَ القبضِ ،
فلا يُوجِبُ التَّخْيِيرَ .

وإن اختلفا في مقدارِ الانقطاعِ ؛ فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لَأَنَّهُ يُنَكِّرُ تَقَرُّرَ الأجرِ
عليه ، فكانَ القولُ قولَهُ .

ولو قَالَ المُؤَاجِرُ : لَمْ يَنْقَطِعِ الماءُ ، وَقَالَ المُسْتَأْجِرُ : قد انقطعَ . يُحَكَّمُ الحالُ ؛
فَيَكُونُ انقطاعُهُ وَجَرِيَانُهُ في الحالِ دليلاً على الماضي ؛ لأنَّ الحالَ يَصْلُحُ دليلاً
على الماضي عندَ الاشتباهِ . كذا في «شرح الكافي» .

وقال في «الشامل» في قِسْمِ «المبسوط» : «انقطعَ ماءُ النهرِ : لَهُ الفَسْخُ ؛ لأنَّ
انقطاعَ الماءِ يُقَوِّتُ ما استَوْجَرَ لأجلِهِ الأرضُ .

قَلَّ الماءُ في الرَّحَى : إن كَانَ ضررًا فاحشًا يُنْقَضُ ، وإلَّا فلا .

انكسارُ أحدِ الحجرينِ عذرٌ ، فإنَّ أصلَ رَبِّ الرَّحَى قَبْلَ الفَسْخِ لَا يُفْسَخُ ؛

(١) وقع بالأصل ، و«م» ، و«س» : «مكان حقه» . والمثبت من : «ن» ، و«ج» ، و«غ» .

وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَقَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ ؛ انْفَسَخَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ الْمَمْلُوكَةُ أَوْ الْأَجْرَةُ الْمَمْلُوكَةِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحِقَّةٌ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

لِمَا عُرِفَ . إِلَى هَذَا لَفْظُ « الشَّامِلِ » .

وَفَسَّرَ فِي « خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى » نَقْصَانَ الْمَاءِ فَاحِشًا : بِأَنْ يَطْحَنَ أَقْلٌ مِنْ نَصْفِ طَحْنِهِ ^(١) .

ثُمَّ قَالَ فِي « الْخِلَاصَةِ » : « قَالَ النَّاطِقِيُّ رحمته الله : وَإِذَا طَحَنَ نَصْفَ مَا كَانَ يَطْحَنُ فَلِلْمُسْتَأْجِرِ رَدُّهُ أَيْضًا ، وَلَوْ لَمْ يَرُدَّ حَتَّى طَحَنَ : كَانَ هَذَا رِضًا مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ فِي الرَّحَى بَعْدَ ذَلِكَ » .

ثُمَّ قَالَ فِي « الْخِلَاصَةِ » : « وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُخَالِفُ رِوَايَةَ الْقُدُورِيِّ » .

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله : أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ رَحَى مَاءِ سَنَةٍ ، فَانْقَطَعَ الْمَاءُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، فَأَمْسَكَ الرَّحَى حَتَّى مَضَتْ السَّنَةُ ؛ فَعَلِيهِ أَجْرُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَإِنْ كَانَ [٣٤٨/٦ م/ظ] الْبَيْتُ يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ ؛ فَعَلِيهِ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَمَرِضَ ، فَهُوَ كَالرَّحَى ^(١) . كَذَا فِي « الْخِلَاصَةِ » . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قَوْلُهُ : (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَقَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ ؛ انْفَسَخَتْ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي « مُخْتَصَرِهِ » ^(٢) .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : لَا يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَالْبَيْعِ ^(٣) ، وَذَلِكَ

(١) ينظر: « خلاصة الفتاوى » للبخاري [٢٣٥/ق] .

(٢) ينظر: « مختصر القدوري » [ص/١٠٥] .

(٣) ينظر: « الحاوي الكبير » للماوردي [٤٠٠/٧] ، و« روضة الطالبين » للنووي [٢٤٥/٥] ، و« النجم

الوهاب في شرح المنهاج » للذميري [٣٨٧/٥] .

هاتية البيان

لأنَّ المؤجِّر إذا مات يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ مِنْهُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ اقْتَضَى اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ مِنْ مِلْكِ الْمُؤَجِّرِ، لَا مِنْ مِلْكِ غَيْرِهِ، فَلَوْ بَقِيَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ يَلْزَمُ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ مِنْ مِلْكِ الْغَيْرِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

وإنَّ مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ، وَهُوَ قَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ وَكُلُّ مَا لَهُ مِنْ الْمَالِ انْتَقَلَ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ اقْتَضَى أَنْ تُسْتَحَقَّ الْأَجْرَةُ مِنْ مَالِ الْمُسْتَأْجِرِ، لَا مِنْ مَالِ غَيْرِهِ، فَلَوْ بَقِيَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ تَكُونُ الْأَجْرَةُ مُسْتَحَقَّةً مِنْ مَالِ غَيْرِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ، فَتَعَيَّنَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ؛ لِعَدَمِ إِمْكَانِ بَقَائِهِ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ الْوَكِيلُ، أَوْ الْوَصِيُّ، أَوْ مُتَوَلَّى الْوَقْفِ، حَيْثُ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي قُلْنَا فِي الْعَاقِدِ لِنَفْسِهِ لَا يُوْجَدُ فِي الْعَاقِدِ لْغَيْرِهِ، وَلِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ حَالِ الْحَيَاةِ، فَلَا يَبْقَى بَعْدَ مَوْتِ مَنْ عَقَدَ لَهُ كَالنِّكَاحِ. قَالُوا: عَقْدٌ لَا يَلْزَمُ عَلَى مَا يَجْرِي بِهِ الْإِرْثُ، فَلَا يَبْطُلُ بِالمَوْتِ كَالْبَيْعِ.

قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ جَرِيَانَ الْإِرْثِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْتَقِلُ عِنْدَنَا إِلَى الْوَارِثِ بِالْإِرْثِ، وَالْمَعْنَى فِي الْبَيْعِ لَوْ طَرَأَ التَّلَفُ عَلَى الْمَبِيعِ بَعْدَ الْقَبْضِ، لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ.

وَقَالُوا [٥٢٣/٢]: مَا يُمْلِكُ بِالْوَصِيَّةِ يُمْلِكُ بِالْإِرْثِ كَالْأَعْيَانِ.

قُلْنَا: الْوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّاقِيْتُ، فَيَجُوزُ أَنْ تُسْتَوْفَى الْمَنَافِعُ وَالْعَيْنُ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ، كَنِكَاحِ الْأُمَّةِ إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ النِّكَاحِ، وَالْإِجَارَةُ مِنْ شَرْطِهَا التَّاقِيْتُ، وَالْأَجَلُ يَبْطُلُ بِالمَوْتِ، فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ بِحُكْمِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ عَلَى مِلْكِ الثَّانِي.

وَنَقَلَ فِي «خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى» عَنْ بَابِ إِجَارَةِ الظُّنَى: أَنَّ أَحَدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَوْ

هامة البيان

جُنَّ جَوْنًا مُطْبَقًا ؛ لَا تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ^(١).

وَقَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى»: «بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ، وَبِمَوْتِ الْوَكِيلِ لَا»^(٢).

وَنَقَلَ فِي «الْأَجْنَاسِ» عَنْ إِجَارَاتِ «الْأَصْلِ»^(٣): «إِذَا آجَرَ الْأَبُ أَرْضَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْوَصِيِّ وَمَاتَ ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ، وَكَذَلِكَ لَا تَبْطُلُ إِجَارَةُ الظَّنِّ بِمَوْتِ وَالِدِ الصَّبِيِّ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الصَّبِيِّ وَالْمُسْتَأْجَرَةِ»^(٤).

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِنْ مَاتَ الظَّنُّ قَبْلَ الْمَدَّةِ، أَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ؛ انْتَقَضَتِ الْإِجَارَةُ، وَكَانَ لَهَا مِنَ الْأَجْرِ بِحَسَبِ مَا مَضَى مِنَ الْمَدَّةِ قَبْلَ الْمَوْتِ»^(٥).

وَقَالَ فِي «الْأَجْنَاسِ» أَيْضًا: «لَوْ آجَرَ الْوَاقِفُ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ»^(٦). وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْقِيَاسَ [٣٤٩/٦م] وَالِاسْتِحْسَانَ.

وَنَقَلَ فِي «الْخُلَاصَةِ» عَنْ «الذَّخِيرَةِ»، ثُمَّ ذَكَرَ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ، فَقَالَ: «الْقِيَاسُ: أَنْ تَبْطُلَ الْإِجَارَةُ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافَ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَالِكِ لَيْسَ لِأَحَدٍ حَجْرُهُ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: لَا تَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ آجَرَ لغيره كَالْوَكِيلِ»^(٧).

وَقَالَ فِي «الْأَجْنَاسِ» أَيْضًا: «وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْإِبِلِ فِي بَعْضِ طَرِيقِ الْمَفَازَةِ

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢٣٥/ق].

(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [١٣٨/ق].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٣/٣ - ٤٤ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٧/٢].

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٨٠/ق].

(٦) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٨/٢].

(٧) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢٣٦/ق].

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَالَ فِي كِتَابِ إِجَارَاتِ «الْأَصْلِ»^(١): فَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَرْكَبَهَا عَلَى حَالِهِ ، وَعَلَيْهِ الْكِرَاءُ مُسَمًّى إِلَى أَنْ يَأْتِيَ مَكَّةَ ، فَيَرْفَعُ ذَلِكَ إِلَى الْقَاضِي ، فَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ لَهُ الْكِرَاءَ إِلَى نَكْرَفَةٍ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْإِجَارَةَ .

وَفِي كِتَابِ «الشُّرُوطِ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ: لَوْ مَاتَ الْمُكَارِي فِي مَضَرٍّ مِنْ الْأَمْصَارِ: لَوْ رَكِبَ الْمُسْتَأْجِرُ ضَمِنَ إِنْ هَلَكَ الْإِبِلُ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي .

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ النَّاطِقِيُّ رحمته الله: «قَوْلُهُ: «رَكَبَهَا الْمُسْتَأْجِرُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ مَكَّةَ» ، لَا يَرِيدُ بِهِ أَنَّهُ لَمْ تَبْطُلِ الْإِجَارَةُ بِمَوْتِ الْجَمَّالِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَالَ: «وَلِقَاضِي مَكَّةَ أَنْ يَنْسَخَهَا» ، وَلَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ بَاقِيَةً لَمْ يَكُنْ لَهُ فَسْخُهَا كَحَالِ حَيَاةِ الْجَمَّالِ .

وَأِنَّمَا أَرَادَ بِهِ: أَنَّهُ إِنَّمَا^(٢) تَثَبُّتُ الْإِجَارَةُ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ سَاءً لَظَرُورَةٍ دَاعِيَةٍ لِحَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ ، حَتَّى لَا تُلْحَقَ بِهِ الْضَرُورَةُ بِتَضْيِيعِ مَالِهِ ، وَنَقْطَاعِهِ فِي الطَّرِيقِ بِالْمَنْعِ عَنِ الرُّكُوبِ ، فَكَأَنَّهُ آجَرَهُ الشَّرْعُ ابْتِدَاءً ، وَقَدْ يَجْرِي مِنَ الشَّرْعِ الْإِذْنُ فِي الرُّكُوبِ مَجْرَى الْإِذْنِ مِنْ حَيْثُ النُّطْقُ ، كَأَخْذِ اللَّقْطَةِ وَرَدِّ الْآبِقِ .

وَعَلَى هَذَا ذَكَرَ فِي «نَوَادِرِ ابْنِ رُسْتَمٍ»: رَجُلٌ أَعَارَ رَجُلًا زِقًّا ، فَجَعَلَ فِيهِ زَيْتًا ، فَأَحْذَهُ فِي صَحْرَاءَ وَطَالَبَهُ بِرَدِّ الزَّقِّ إِلَيْهِ ؛ فَإِنَّمَا يَثْرُكُ الزَّقُّ بِالْمُسْتَعِيرِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ إِلَى أَنْ يَجِدَ مَا يَجْعَلُ فِيهِ الزَّيْتَ^(٣) . إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْأَجْناسِ» .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِينَجَابِيُّ فِي بَابِ انْتِقَاضِ الْإِجَارَةِ مِنْ «شَرْحِ الْكَافِي»: «وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْجَوَازَ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا وَقَلْنَا بِالْبَقَاءِ هَاهُنَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ

(١) ينظر: المصدر السابق [٥٥٢/٣] .

(٢) وقع بالأصل: «أَنَّهُ إِذَا» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٣) ينظر: «الْأَجْناس» لِلنَّاطِقِيِّ [١٣٩/٢] .

وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِحْ مِثْلَ الْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ وَالْمُتَوَلَّى فِي الْوَقْفِ
لِإِعْدَامِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى.

قَالَ: وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ.

غاية البيان

مَبْرُورٌ عَلَيْهِ.

أَوْ نَقُولُ: يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ ثَابِتَةٌ عَلَى الْمَحَلِّ، وَالْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ، فَلَوْ ادَّعَى
حِسَّتَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِذَا ادَّعَى حَقًّا مُتَعَلِّقًا بِهَذَا الْمِلْكِ؛ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّهُ
مَنْزَعٌ لَهُ ظَاهِرًا. كَذَا فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (لِإِعْدَامِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ
نَصِيرُ الْمَنْفَعَةِ الْمَمْلُوكَةِ، أَوْ الْأَجْرَةُ الْمَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْعَقْدِ). وَبَيَانُهُ
مَرَّةً قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله
فِي «مختصره»^(١).

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: لَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ^(٢). كَذَا فِي «شرح
الكافي» و«المختلف»^(٣) و«الإشارات» وغيرها.

وَعِنْدَنَا: يَجُوزُ، وَيُعْتَبَرُ أَوَّلُ الْمُدَّةِ مِنْ وَقْتِ سَقُوطِ الْخِيَارِ. كَذَا فِي
«المختلف»^(٤).

وَجْهٌ قَوْلُهُ: أَنَّ مَا ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، فَغَيْرُهُ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ، وَشَرْطُ الْخِيَارِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٥].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٩٤/٧]. و«نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي
الجويني [٣٢/٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦١٧/٣].

(٤) ينظر: المصدر السابق.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ
لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ لِقَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤْجَرِ فَلَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا عَلَى
الْكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْخِيَارَ.

غاية البيان

فِي الْبَيْعِ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي
شَرْطِ الْخِيَارِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو: إِمَّا إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُؤْجَرِ، أَوْ لِلْمُسْتَأْجَرِ:

فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤْجَرِ: فَعِنْدَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ،
فَصَارَ كَمَا لَوْ تَلَفَ [بَعْضُ] ^(١) الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَإِنْ كَانَ لِلْمُسْتَأْجَرِ: فَلَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا بِكَمَالِهَا عِنْدَ
الْفُسْخِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْخِيَارِ، كَمَا لَوْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ فِي مَدَةِ الْخِيَارِ.

وَلَنَا: أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ نَوْعُ بَيْعٍ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ، فَيُثَبِّتُ الْخِيَارُ الْوَارِدُ بِالْحَدِيثِ
فِي الْبَيْعِ فِي الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَتَ فِي الْبَيْعِ لِدَفْعِ الْغَبْنِ، فَكَمَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى
دَفْعِ الْغَبْنِ فِي الْبَيْعِ، يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ، فَيَصِحُّ الْخِيَارُ فِي الْإِجَارَةِ كَمَا يَصِحُّ
فِي الْبَيْعِ؛ لَوْجُودِ الْجَامِعِ، وَهُوَ دَفْعُ الْعَيْنِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لَا يُسْتَحَقُّ فِيهِ الْقَبْضُ
فِي الْمَجْلِسِ، فَجَازَ [١/٣٥٠/٦] شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْبَيْعِ، وَلَا يَلْزَمُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِمُعَامَلَةٍ، وَلِأَنَّهَا مَدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ، فَصَحَّ شَرْطُهَا فِي الْإِجَارَةِ كَالْأَجْلِ.

وَالْجَوَابُ عَمَّا قَالَ الْخَضَمُ فَنَقُولُ: الْإِجَارَةُ لَيْسَتْ كَالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَوْ أَرَادَ
تَسْلِيمَ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَكَذَا الْمُشْتَرِي إِذَا أَرَادَ رَدَّ الْبَعْضِ
دُونَ الْبَعْضِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، فَكَذَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ ^(٢) خِيَارٌ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْمُشْتَرِي،
فَتَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ فِي الْمَدَّةِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «لن»، «لام»، «واج»، «واغ»، «واس».

(٢) وقع بالأصل: «علق في البيع». والمثبت من: «لن»، «لام»، «واج»، «واغ»، «واس».

.....

● هاية البيان ●

أما إذا أراد المُواجِرُ تسليمَ بعضِ المَنَافِعِ مِنْ غيرِ خيارٍ جازٍ، كما إذا آجَرَ رَهْ شَهْرًا، فَمَنَعَهُ مِنْهَا فِي بَعْضِ المَدَّةِ، ثُمَّ سَلَّمَهَا، فَكَذَا إِذَا كَانَ خِيَارُ الشَّرْطِ بَصًّا، وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ رَدُّ بَعْضِ المَنَفْعَةِ، كما إذا سَكَنَ الدَّارَ، ثُمَّ رَدَّهَا بِخِيَارِ العَيْبِ، فَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ.

وإنَّما كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ يُمَكِّنُ لِلْبَائِعِ تَسْلِيمَهُ جَمَلَةً، وَيُمَكِّنُ لِلْمُسْتَرِي بَصًّا رَدَّهُ جَمَلَةً، فَلِأَجْلِ هَذَا لَمْ يَجْزُ تَسْلِيمُ البَعْضِ دُونَ البَعْضِ، أَوْ رَدُّ البَعْضِ دُونَ بَعْضٍ.

أَمَّا المَنَافِعُ: لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهَا جَمَلَةً؛ لِأَنَّهَا تَحْدُثُ شَيْئًا فَشِيئًا، فَلِهَذَا جازَ تَسْلِيمُ البَعْضِ دُونَ البَعْضِ، وَرَدُّ البَعْضِ دُونَ البَعْضِ.

احتجَّ الخَصْمُ [٥٢٤/٢]: بِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ المَنَفْعَةُ، فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ كَالنِّكَاحِ.

قُلْنَا: النِّكَاحُ لَا يُرَدُّ بِكُلِّ عَيْبٍ، وَالْإِجَارَةُ بِخِلَافِهِ، فَلَا يُعْتَبَرُ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ، وَالْمَعْنَى فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ لَا يُلْحَقُهَا الْقَسْخُ بِالإِقَالَةِ بَعْدَ تَمَامِهِ، فَلَمْ يَجْزُ فِيهِ شَرْطُ الخِيَارِ، وَالْإِجَارَةُ مُعَاوَضَةٌ يُلْحَقُهَا الْقَسْخُ بِالإِقَالَةِ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ صَحَّتِهَا التَّقَابُضُ.

قَالُوا: عَقْدٌ مِنْ شَرْطِ صَحَّتِهِ: أَنْ يَكُونَ أَحَدُ عِوَضَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ كَالسَّلَمِ.

قُلْنَا: يَنْتَقِضُ ذَلِكَ بِمَا لَوْ اشْتَرَى بَثْمِي فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ عِوَضَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَمَعَ هَذَا يَجُوزُ شَرْطُ الخِيَارِ، وَالْمَعْنَى فِي السَّلَمِ: أَنَّ مِنْ شَرْطِ صَحَّتِهِ: الْقَبْضُ فِي المَجْلِسِ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَصَحَّ الخِيَارُ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ يُتَنَافَى لِزَوَمِ الْقَبْضِ فِي المَجْلِسِ،

بخلاف الفرع. كذا في «مختصر الأسرار».

قال الحاكم الجليل الشهيد رحمته الله في «مختصر الكافي»: «وإن استأجرها بمئة درهم على أنه فيه بالخيار ثلاثة أيام؛ فهذا جائز»^(١).

قال شيخ الإسلام علاء الدين [الأسينجاني]^(٢) رحمته الله في «شرح»^(٣): «وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمته الله: لا يجوز».

ثم قال شيخ الإسلام رحمته الله فيه: «قال بعض أصحابنا: الاختلاف هاهنا بناءً على الاختلاف في مسألة أخرى، وهو أن إضافة الإجارة إلى زمان في المستقبل جائز عندنا، وعنده [٣٥٠/٦ م]: لا، هو يقول: إذا أضاف العقد إلى زمان في المستقبل إنما حكمنا بالفساد لتخلف حكم العقد عنه في الحال، وهذا المعنى موجود هاهنا؛ لأنه لا يثبت الحكم للحال^(٣)، ولا يمكن إثبات الحكم بعد انقضاء الخيار مُسنداً؛ لأن المنافع لم تبق، فتعذر التصحيح».

وعندنا: العقد ينعقد على المنافع على حسب حدوثها، فيقتضي ثبوت الملك في المنفعة حال وجودها في المستقبل، فلا يقتضي تغيير موجب العقد فيصح.

ومنهم من حكم بالفساد عنده، لا بناءً على تلك المسألة، بل بناءً على جهالة المعقود عليه؛ لأنه لا يعلم متى يسقط الخيار، والمنافع لا تصير معلومة إلا بعلم المدة، فتمكنت الجهالة، ففسد العقد.

وإنما نقول: المدة معلومة، وهو زمان تسليم الدار إليه؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا إذا سلم، فانتفتت الجهالة، فلم يفسد العقد، فإن سكنها في الثلاث لزمه الأجر؛ لأن السكنى دلالة الرضا بالمعقود عليه، وإسقاط الخيار، فيلزم العقد.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٢٣٧/ق].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) وقع بالأصل: «الحال». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَامَلَةٌ لَا يُسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْبَيْعِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ.

وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ الْعَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الْكُلِّ مُمَكِّنٌ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ فَيُسْتَرْطُ فِيهِ دُونُهُ وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُوَاجِرُ

غاية البيان

وَقَالَ الْحَاكِمُ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» أَيْضًا: «رَجُلٌ تَكَارَى دَارًا سَنَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَضِيَهَا أَخَذَهَا بِمِئَةِ دَرَاهِمٍ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ أَخَذَهَا بِخَمْسِينَ دَرَاهِمًا، فَلَا إِجَارَةً فَاسِدَةً، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ رَدَّدَ فِي الْأَجْرِ، وَالتَّرْدِيدُ يُوجِبُ الْجِهَالَةَ، فَفَسَدَ الْعَقْدُ، وَإِنْ سَكَنَهَا فَعَلِيهِ أَجْرٌ مِثْلِهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا انْهَدَمَ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ سَكَنَهَا بِإِذْنِ الْمَالِكِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَصَحَّ الشَّرْطُ لِمَكَانِ التَّرْدِيدِ، فَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ»^(١). كَذَا فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَامَلَةٌ)، أَرَادَ بِعَقْدِ الْمَعَامَلَةِ: الْمُعَاوَضَةَ الَّتِي يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ بِالْإِقَالَةِ، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ.

قَوْلُهُ: (لَا يُسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ)، احْتِرَازٌ عَنِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ، فَإِنَّ قَبْضَ الْبَدَلِ شَرْطٌ فِيهِمَا، فَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْخِيَارُ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْبَيْعِ)، مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ: (وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ)، يَعْنِي: أَنَّ فَوَاتَ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْبَيْعِ يَمْنَعُ الرَّدَّ دُونَ الْإِجَارَةِ، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ.

قَوْلُهُ: (فَيُسْتَرْطُ فِيهِ دُونُهُ)، أَي: يُشْتَرْطُ رَدُّ الْكُلِّ فِي الْبَيْعِ دُونَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ.

قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُوَاجِرُ.....)

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣٧].

بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ .

غاية البيان

بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ) ، أي : مدةِ الْإِجَارَةِ ، أي : ولهذا المعنى ، وهو أَنَّ رَدَّ الْكُلِّ مُمَكِّنٌ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ ، قلنا : يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى قَبْضِ الدَّارِ إِذَا سَلَّمَهَا الْمُؤْجِرُ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ ، خِلَافًا [٥٢٤/٢] لِلشَّافِعِيِّ رحمته الله ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ جُمْلَةِ الْمَنَافِعِ مَرَّةً وَاحِدَةً غَيْرُ مُمَكِّنٍ .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» الْمُسَمَّى بِـ«الْكَافِي» فِي بَابِ إِجَارَةِ الدُّورِ وَالْبُيُوتِ : «وَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً ، فَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ حَتَّى مَضَى شَهْرٌ [٣٥١/٦] ، وَقَدْ طَلَبَ إِلَيْهِ التَّسْلِيمَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ ، ثُمَّ تَحَاكَمَا ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنَ الْقَبْضِ فِي بَاقِي السَّنَةِ ، وَلَا لِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنَ التَّسْلِيمِ» ^(١) .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» : «فَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْبَيْعِ إِذَا هَلَكَ بَعْضُهُ ، حَيْثُ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فِي الْبَاقِي ، وَالْفَرْقُ : أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَاحِدٌ ، فَإِذَا هَلَكَ بَعْضُهُ ؛ تَعَيَّبَ الْبَاقِي ، أَمَّا هَاهُنَا : فَالْعَقْدُ مُتَعَدِّدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ عَلَى حَسَبِ حَدُوثِ الْمَنْفَعَةِ ، فَنَفْسَاخُهُ فِيمَا مَضَى لَا يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الْفَسْخِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ» .

ثُمَّ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله : «وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الْأَرْضِ» ، يَعْنِي : لَمْ يَذْكُرِ الْحَاكِمُ حُكْمَ الْأَرْضِ .

ثُمَّ قَالَ : «وَقَدْ فَصَّلَ الْكَرْخِيُّ بَيْنَهُمَا - أَي : بَيْنَ الدَّارِ وَالْأَرْضِ - فَقَالَ : يَتَخَيَّرُ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ ، وَقَدْ تَفَوَّتْ عَلَيْهِ الزَّرَاعَةُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا ، أَمَّا الدَّارُ : فَإِنَّهَا تُسْتَأْجَرُ لِلسُّكْنَى ، وَلَا تَفَوَّتْ عَلَيْهِ السُّكْنَى فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِفَوَاتِهَا فِي الْمَاضِي ، وَلَوْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ إِلَّا بَيْتًا ؛ كَانَ مَشْغُولًا بِمَتَاعِ الْمُؤَاجِرِ ، رُفِعَ عَنْهُ مِنَ الْأَجْرِ

(١) ينظر : «الکافی» للحاکم الشہید [٢٣٥/ق] .

قَالَ: وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَنَا.

غاية البيان

بحساب ذلك ، وكذلك لو سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ثُمَّ انْتَزَعَ مِنْهَا بَيْتًا ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ تَجِبُ فِي مَقَابِلَةِ الْمَنَافِعِ ، وَقَدْ حَبَسَ بَعْضُهَا ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَحْبَسَ مَا يُقَابِلُهَا .

بخلاف ما إذا انْهَدَمَ بَيْتٌ مِنْهَا ، حَيْثُ لَا يَسْقُطُ فِي مَقَابِلَتِهِ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تُضْمَنُ إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْإِتْلَافِ ، وَهَاهُنَا لَمْ تَصِرْ مَقْصُودَةً بِالْإِتْلَافِ ، فَلَا تُضْمَنُ . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ) ، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مختصره»^(١) .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ^(٢) . كَذَا فِي «شرح الأقطع رحمته الله» ، يَعْنِي: لَا تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَهُ ، وَإِنَّمَا تُفْسَخُ بِالْعَيْبِ^(٣) .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى رحمته الله: «تُفْسَخُ بِغَيْرِ عُدْرٍ أَيْضًا . كَذَا ذَكَرَ قَاضِي خَانَ»^(٤) فِي «شرح الجامع الصغير»^(٥) ، وَهُوَ مَذْهَبُ شُرَيْحٍ . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

وَتِمَامُ لَفْظِ الْقُدُورِيِّ: «كَمَنْ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجَرَ فِيهِ ، فَذَهَبَ مَالُهُ ، وَكَمَنْ آجَرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ، ثُمَّ أَفْلَسَ وَلِزَمَهُ دُيُونٌ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا مِنْ ثَمَنِ مَا آجَرَ ، فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدِّينِ»^(٦) .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَزْخِيُّ رحمته الله فِي «مختصره»: «قَالَ أَصْحَابُنَا جَمِيعًا

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٥] .

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٩٣/٧] . و«بحر المذهب» للرويانى [١٤٢/٧] . و«روضة

الطالبين» للنووي [٢٣٩/٥] .

(٣) ينظر: «الأصل» [٤٢/٣] ، «المبسوط» [٢/١٦] ، «تحفة الفقهاء» [٣٦٠/٢] ، «الاختيار» [٦١/٢] .

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٥) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩] .

(٦) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٠٥] .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ [١٢٣/٥] عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى يَجُوزَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

إِذَا وَقَعَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ صَحِيحًا، فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَنْ يَفْسَخَهَا قَبْلَ مُضِيِّ وَقْتِهَا إِلَّا مِنْ عُدْرٍ، وَالْعُدْرُ أَنْ يَحْدُثَ فِي الْمُسْتَأْجِرِ مَا يَمْنَعُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ، أَوْ يُنْقُصَ الْإِنْتِفَاعَ، فَيَكُونُ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنِ الْبَلَدَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ الْإِجَارَةَ فِي الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ، مِمَّا لَا يُوجِبُ لَهُ الْإِجَارَةَ إِخْرَاجَهُ مَعَهُ.

وَكَذَلِكَ إِنْ أَكْثَرَى حَانُوتًا لِعَمَلٍ مَا، فَيَدْعُ ذَلِكَ الْعَمَلَ، أَوْ التَّجَارَةَ، وَيَنْتَقِلُ عَلَى غَيْرِهِ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَفْلَسَ، فَإِنْ [٣٥١/٦ م] أَرَادَ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ لِيَعْمَلَ ذَلِكَ الْعَمَلَ فِي غَيْرِهِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ وَجَدَ أَرْخَصَ كِرَاءً مِنْهُ، وَأَوْسَعَ عَلَيْهِ، وَأَرْفَقَ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا وَجَدَ زِيَادَةً عَلَى الْأُجْرَةِ الَّتِي آجَرَهُ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَضْعَافًا.

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَا اسْتَأْجَرَ لَا يَصِلُ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، إِلَّا بِأَنْ يَسْتَهْلِكَ مَالَهُ، أَوْ يَدْخُلَهُ ضَرَرٌ فِي بَدَنِهِ، أَوْ مِلْكِهِ؛ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، مِثْلُ: أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَقْصُرَ لَهُ ثِيَابًا، أَوْ يَقْطَعَهَا وَيَخِيطَهَا، أَوْ لِيَنْقُصَ دَارًا لَهُ، أَوْ يَقْطَعَ شَجَرًا لَهُ، أَوْ نَخْلًا، أَوْ لِيُحْدِثَ فِي مِلْكِهِ شَيْئًا مِنْ بِنَاءٍ، أَوْ حَفْرِ [٥٢٥/٢]، أَوْ لِيَقْصِدَ، أَوْ لِيَحْتَجِمَ، أَوْ يَقْلَعَ ضِرْسًا لَهُ، أَوْ لِيَزْرَعَ أَرْضًا، ثُمَّ يَبْدُو لَهُ أَلَّا يَفْعَلَ؛ فَلَهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ: أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِهْلَاكَ مَالٍ، أَوْ غُرْمًا، أَوْ ضَرَرًا يَدْخُلُ فِي مَالِهِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَمَلِ.

وَكَذَا إِنْ اسْتَأْجَرَ إِبِلًا إِلَى مَكَّةَ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَلَّا يَخْرُجَ؛ فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى السَّفَرِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَشَقَّةً وَضَرَرًا، فَأَمَّا الْمُؤَاجِرُ: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، وَإِنْ

وَلَنَا: أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ الْعُذْرُ فِي الْإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ فَيُفْسَخُ بِهِ،

﴿غاية البيان﴾

يد له في الخروج لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعُذْرٍ ^(١). إلى هنا لفظ الكرخي في «مختصره».

وَجْهٌ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: أَنَّ الْإِجَارَةَ جَائِزَةٌ لَيْسَتْ بِإِجَارَةٍ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَمْنُوعَةً لِلْحَالِ، وَإِنَّمَا تَنْعَقِدُ عَلَى حَسَبِ وَجُودِ الْمَنَافِعِ، فَيَكُونُ لِبَقَائِهَا حُكْمٌ سَدَائِهَا، وَفِي الْإِبْتِدَاءِ هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَعْقِدَ وَبَيْنَ أَلَّا يَعْقِدَ، فَكَذَا فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَهَا حُكْمُ الْأَعْيَانِ، وَلِهَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ الْمَنَافِعَ بَدَلَ دَيْنٍ جَازَ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا حُكْمُ الْأَعْيَانِ؛ لَكَانَ الْكَالِيُّ بِالْكَالِيِّ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قَبْلَ بَابِ ضَمَانِ الْأَجِيرِ، فَلَمَّا كَانَ لَهَا حُكْمُ الْأَعْيَانِ؛ كَانَتْ الْإِجَارَةُ كَالْبَيْعِ، فَلَمْ يَجْزِ الْفَسْخُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ.

ولنا: أَنَّ الْمَنَافِعَ هِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا حَقِيقَةً، وَهِيَ تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَالِدَارُ أُمِّمَتْ مَقَامَ الْمَنَافِعِ تَقْدِيرًا تَصَحِيحًا لِلْعَقْدِ، فَيَكُونُ وَجُودُ الْعُذْرِ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ الْمَتَمَكِّنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، عَلَى مَعْنَى أَنَّ فِي اسْتِدَامَةِ الْعَقْدِ ضَرَرًا زَائِدًا يَلْزَمُهُ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ فِي الْإِسْلَامِ.

وتفسير العذر: عَجْزُ الْعَاقِدِ عَنِ الْمُضِيِّ فِي مُوجِبِ الْعَقْدِ، إِلَّا بِتَحْمُلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ، وَذَلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا: أَنَّهُ لَوْ أَفْلَسَ وَبَقَيْنَا الْإِجَارَةَ مَعَ ذَلِكَ؛ يَحْبِسُهُ الْقَاضِي لِقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَالْحَبْسُ ضَرَرٌ زَائِدٌ لَمْ يَلْزَمُهُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ.

وكذلك قَلْعُ السِّنِّ، وَقَطْعُ الشَّجَرِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا جُوزَتْ لِلْعُذْرِ، فَلِأَنَّ يُفْسَخُ بِالْعُذْرِ أَوَّلَى، وَلِأَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ الْعُذْرُ؛ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مُحْتَاجًا

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٦].

إِذِ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ الْعَاقِدِ عَنِ الْمُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحْمُلٍ
ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْعُذْرِ عِنْدَنَا وَهُوَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَدَادًا
لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ لَوْجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الْوَجَعُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاحًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ
فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ تَنْفَسَخَ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ فِي الْمُضِيِّ عَلَيْهِ الْإِزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ
بِالْعَقْدِ .

غاية البيان

إِلَى الْبَقَاءِ ، فَلَا يَجِبُ الْإِبْقَاءُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَبْقَيْنَاهُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ .

وَلَا يَرُدُّ عَلَى مَا قُلْنَا: إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فَمَرِضَ مَرَضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَشْيِ
[٣٥٢/٦م] وَالخروج إليه ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ﷺ نَصَّ عَلَى أَنَّهَا تُفْسَخُ . كَذَا فِي «مَخْتَصَرِ
الْأَسْرَارِ» .

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: يُقَالُ لِلشَّافِعِيِّ ﷺ: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ
اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَقْطَعَ يَدَهُ لَأَكْلَةٍ وَقَعَتْ فِيهَا ثَمٌّ بَرَأَتْ ، أَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْلَعَ سِنَّهُ
لَوْجَعٍ ثُمَّ زَالَ الْوَجَعُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَتَّخِذَ لَهُ وَلِيمَةً [الْعُرْسِ] ^(١) ، فَمَاتَتِ
الْعُرُوسُ ^(٢) ، أَوْ اخْتَلَعَتْ ، أَيْ جَبُرَ الْمُسْتَأْجَرُ عَلَى قَطْعِ الْيَدِ ، أَوْ قَلَعَ السِّنَّ ، أَوْ اتَّخَذَ
الْوَلِيمَةَ ؟! فَحِينَئِذٍ يُضْطَرُّ إِلَى الرَّجُوعِ عَنْ قَوْلِهِ ، فَيَقُولُ بَانْتِقَاضِ الْإِجَارَةِ ، كَمَا إِذَا
انْتَقَضَتْ بِالْهَلَاكِ ^(٣) .

قَوْلُهُ: (إِذِ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا) ، أَيِ: الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ لِلْفُسْخِ يَجْمَعُ الْإِجَارَةَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) العروس: نعتٌ يَسْتَوِي فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مَا دَامَا فِي أَعْرَاسِهِمَا ، يُقَالُ: رَجُلٌ عَرُوسٌ فِي رَجَالٍ
عُرْسٍ . وَامْرَأَةٌ عَرُوسٌ فِي نِسَاءٍ عَرَائِسٍ . وَفِي الْمَثَلِ: كَادَ الْعَرُوسُ يَكُونُ أَمِيرًا . كَذَا فِي «الصَّحَاحِ» .
كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «ج» ، و«م» . وَيَنْظُرُ: «صَحَاحُ اللُّغَةِ» لِلْجَوْهَرِيِّ [٩٤٧/٣] / مَادَّةُ: [عُرْس] .

(٣) يَنْظُرُ: «الْمَحِيطُ الْبَرْهَانِيُّ» [٤٩٧/٧] ، «الْاِخْتِيَارُ لِتَعْلِيلِ الْمَخْتَارِ» [٦٢/٢] ، «الْعُنَايَةُ شَرْحُ
الْهُدَايَةِ» [١٤٧/٩] .

وَكَذَا مَنْ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجَرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ ، وَكَذَا مَنْ أَجَرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ثُمَّ أَفْلَسَ ، وَلَزِمَهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا بِشَيْءٍ مَا أَجَرَ فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدُّيُونِ ؛ لِأَنَّ فِي الْجَزْيِ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ الزَّامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ وَهُوَ الْحَبْسُ ؛ لِمَا أَنَّهُ قَدْ لَا يَصْدُقُ عَلَى عَدَمِ مَالٍ آخَرَ .
ثُمَّ قَوْلُهُ : «فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ» . إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي فِي النَّقْضِ ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ .

غاية البيان

وَالْبَيْعُ جَمِيعًا ، فَيُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْعُذْرِ ، كَالْعَيْبِ إِذَا ظَهَرَ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالْمَعْنَى : هُوَ الْعَجْزُ عَنِ الْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ ، إِلَّا بِتَحْمُلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ [لَمْ] ^(١) يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ .

قَوْلُهُ : (ثُمَّ قَوْلُهُ : «فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ» . إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي فِي النَّقْضِ) ، أَي : قَوْلُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «الْمَخْتَصَرِ» : «فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدَّيْنِ» ^(٢) ، أَشَارَ إِلَى اشْتِرَاطِ فُسْخِ الْقَاضِي .

اعْلَمْ : أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَادِحٌ ^(٣) ، لَا وَفَاءَ لَهُ إِلَّا بِبَيْعِ الْمُسْتَأْجَرِ ؛ يَكُونُ ذَلِكَ عُذْرًا عِنْدَنَا ، وَلَكِنْ هَلْ لِلْمُؤْجَرِ أَنْ يَفْسَخَ الْعَقْدَ بِنَفْسِهِ وَيَبِيعَهُ ، أَمْ يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ الْقَاضِي ؟ اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَاتُ فِيهِ .

قَالَ مُحَمَّدٌ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «كُلُّ عُذْرٍ هُوَ عِنْدَهُ عُذْرٌ ؛ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بِهِ» ^(٤) . هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فُسْخَ الْقَاضِي

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/ ١٠٥] .

(٣) وقع بالأصل «م» ، «غ» : «قادح» . والمثبت من : «ن» ، «ج» ، «س» .

(٤) ينظر : «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/ ٤٣٩] .

وَقَالَ فِي: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ»: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ فِيهِ تُنْتَقِضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي. وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا

غاية البيان

ليسَ بشرطٍ؛ وذلكَ لأنَّ العذرَ [٥٢٥/٢] في بابِ الإجارةِ بمنزلةِ العيبِ الحادثِ قَبْلَ القبضِ، والعيبُ قَبْلَ القبضِ يُوجِبُ التفرُّدَ بالفسخِ.

وَقَالَ فِي «الزِّيَادَاتِ»: «إِذَا بَاعَ الْآجِرُ الْمُسْتَأْجَرَ لِقَضِي دَيْنِهِ؛ لَا يَصِحُّ مَا نَمَّ يَرْفَعُ إِلَى الْقَاضِي، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُؤْجِرَ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ، بَلْ يَفْسُخُهُ الْقَاضِي».

قَالَ فِي «خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْحَلَوَانِيُّ رحمهم الله: وَرَوَايَةُ «الزِّيَادَاتِ» أَصَحُّ؛ لِأَنَّ هَذَا فَضْلٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ كَالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ»^(١).

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ رحمهم الله فِي «شَرْحِ الزِّيَادَاتِ» فِي بَابِ مَا لَا يُصَدَّقُ الْمُؤَاجِرُ عَلَى نَقْضِ الْإِجَارَةِ: «رَجُلٌ آجَرُ أَرْضَهُ عَشْرَ سَنِينَ إِجَارَةً صَحِيحَةً وَسَلَّمَهَا، ثُمَّ أَرَادَ نَقْضَهَا؛ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا بُعْذُرًا، وَالْعُذْرُ أَنْ يَلْحَقَهُ دَيْنٌ قَادِحٌ»^(٢) لَا وَفَاءَ بِهِ عِنْدَهُ إِلَّا بِشَمَنِ الْأَرْضِ عَلَى مَا عُرِفَ.

ثُمَّ قَالَ: «وَقَدْ نَصَّ هَاهُنَا - أَي: فِي «الزِّيَادَاتِ» -: أَنَّ النَقْضَ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنَ الْقَاضِي، فَأَمَّا الْآجِرُ وَخُذَهُ فَلَا يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ لَا يَتَّضِعُ إِلَّا بِرَأْيِ الْقَاضِي خُصُوصًا فِي الْمَجْتَهَدَاتِ، وَلَوْ طَلَبَ الْآجِرُ النَقْضَ لَمْ يَفْعَلْهُ الْقَاضِي؛ [٣٥٢/٦] لِأَنَّ حَقَّهُ لَيْسَ فِي النَقْضِ بَلْ حَقُّ الْغُرَمَاءِ فِي الْبَيْعِ، وَرَبَّمَا لَا يَتَفَقُّ الْبَيْعُ، فَيَصِيرُ النَقْضُ مَقْصُودًا، وَيَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الْمُسْتَأْجِرِ.

وَلَوْ بَاعَ الْأَرْضَ صَحَّ الْبَيْعُ، لَكِنْ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ الْأَرْضِ، وَلِلْمُشْتَرِي

(١) ينظر: «خِلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبَخَارِيِّ [٢٣٤/ق].

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ وَلاَمٌ، وَلاَغٌ: «قَادِحٌ». وَالْمُثَبِّتُ مِنْ: «الْأَنْ»، وَلاَجٌ، وَلاَسٌ.

بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمَبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ فَيَتَفَرَّدُ الْعَاقِدُ بِالْفَسْخِ. وَجْهُ
الْأَوَّلِ أَنَّهُ قُضِيَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِزَامِ الْقَاضِي.

غاية البيان

حِيارٌ: فَوْنٌ رَفَعَ الْمُشْتَرِي الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي، وَطَالَبَهُ بِالتَّسْلِيمِ، أَوْ بِنَقْضِ، فَأُثْبِتَ
سَائِعُ الدَّيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي؛ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يُمْضِي الْبَيْعَ، فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ نَقْضَ الْإِجَارَةِ،
وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الْغَرِيمِ.

ثُمَّ قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ ﷺ: «وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْمَزَارَعَةِ وَالْإِجَارَاتِ قَضَاءَ
الْقَاضِي». ثُمَّ قَالَ: «وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرَ هَاهُنَا - أَي: فِي «الزِّيَادَاتِ» -: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
عَلَيْهِ الدَّيْنُ ظَاهِرًا، فَأَقْرَ الْأَجْرُ بِالَّذِينَ لَرَجُلٍ، وَكَذَبَهُ الْمُسْتَأْجِرُ، وَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ؛
بِيعَتِ الْأَرْضُ، وَنُقِضَتِ الْإِجَارَةُ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا تُنْقَضُ؛ لِأَنَّ هَذَا الْإِقْرَارَ يُضِرُّ الْمُسْتَأْجِرَ.

وَأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الْإِقْرَارَ يُلَاقِي ذِمَّةَ الْمُقَرِّ، وَلَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِيهِ فَيَصَحُّ،
ثُمَّ يَتَعَدَّى، وَإِذَا صَحَّ وَجَبَ الْبَيْعُ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَإِذَا وَجَبَ الْبَيْعُ؛ كَانَ
عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ فِي هَذَا كُلِّهِ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى إِلَى أَنْ يُبَاعَ، ثُمَّ يَقْضِي الْقَاضِي بِالْبَيْعِ؛
لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسَخُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي، فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْأَجْرُ إِلَّا حِينَئِذٍ.

وَعِنْدَهُمَا: لَمَّا لَمْ يَجْزِ الْإِقْرَارُ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ؛ وَجَبَ إِخْرَاجُ الْمُقَرِّ مِنَ
السَّجَنِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ عَجْزُهُ، وَلَا يُمْنَعُ الْغَرِيمُ مِنْ مِلَازِمَتِهِ عَلَى مَا عُرِفَ حَتَّى يَنْتَهِيَ
عَقْدُ الْإِجَارَةِ، ثُمَّ يُعَادُ إِلَى السَّجَنِ لِيَبِيعَ الْأَرْضَ. كَذَا فِي «شرح الزِّيَادَاتِ».

وَقَالَ فِي «تَمَةِ الْفَتَاوَى»^(١): «اعْلَمْ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسَخُ بِغَيْرِ فَسْخٍ أَحَدٍ إِذَا
عُقِدَتْ عَلَى أَمْرٍ لَا يُمَكِّنُ الْمُضِيَّ فِيهِ شَرْعًا، هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنْ ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ
خَوَاهِرُ زَادَهُ ﷺ لَفْظَ الْفَسْخِ فِي بَابِ الْإِنْتِقَاضِ، أَمَّا فِي عُذْرِ يُمَكِّنُ الْمُضِيَّ فِيهِ

(١) ينظر: «تمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠٢].

﴿ هاية البيان ﴾

شرعاً لكن بضرر: ذكر في رواية الإجازات والمزارعة و«الجامع الصغير»: أنه يتفرد صاحب العذر بالفسخ، ولا يفتقر إلى القضاء.

وذكر في «الزيادات» في باب عقيب باب الوصية بمثل نصيب أحد التينين إلا ثلث ما يتقى، وشرط القضاء، لكن وضع المسألة في الدين فقال: إذا باع المستأجر ليقضي دينه؛ لا يصح ما لم يرفع الأمر إلى القاضي.

وذكر في وسط باب إجارة الدواب: إذا باع الآجر المستأجر من عذر جاز البيع، ثم اختلف المتأخرون، منهم من قال: ما ذكر في «الزيادات» محمول على عذر فيه اشتباه، ويحتاج إلى المرافعة إلى القاضي؛ ليزيل [٥٢٦/٢] الاشتباه بقضائه، وما ذكر في «الأصل» محمول على عذر واضح لا اشتباه فيه.

ومنهم من قال - فيهم شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله -: في المسائل [٣٥٣/٦] أجمع: روايتان، وقد صحح شيخ الإسلام: الروايات المطلقة؛ لأنه امتناع، وصحح شمس الأئمة في مسألة الدين: إذا باع الآجر المستأجر بعذر الدين: رواية «الزيادات»: أنه لا ينفسخ، ولا ينفذ البيع، إلا أن يرفع إلى القاضي، لكن ذكر علة توجب تلك العلة تصحيح روايات «الزيادات» في عامة الفصول، فإنه قال: لأنه فضل مجتهد فيه.

وذكر الشيخ الإمام عليّ البردوي رحمه الله فيه: أن الصحيح فيما عدا الدين عامة الروايات، وفي الدين: الجواب كما قال في «الزيادات»؛ لأنه أمر فيه خفاء، فيشترط الخفاء لتحقيق العذر، كأنه جعل المسألة فيما عدا الدين على الروايتين، ثم صحح عامة الروايات: أنه لا يشترط القضاء، وجعل فضل الدين مجمعا عليه، أو جعل المسائل كلها على روايتين.

وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ، وَإِنْ دَرَّ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالَّذِينَ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لِظُهُورِ الْعُذْرِ.

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ مِنَ السَّفَرِ، فَهُوَ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَى عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقَتُّهُ فِي صَنْبٍ غَرِيمٍ فَحَضَرَ أَوْ لِلتَّجَارَةِ فَافْتَقَرَ.

غاية البيان

وَأَخَذَ فِيمَا عدا الدِّينِ بِعَامَّةِ الروَايَاتِ، وَفِي الدِّينِ: بِرَوَايَةِ «الزِّيَادَاتِ»، وَالصَّدْرُ شَهِيدٌ كَانَ يُفْتِي بِعَامَّةِ الروَايَاتِ فِيمَا عدا الدِّينِ، وَفِي الدِّينِ: بِرَوَايَةِ «الزِّيَادَاتِ»، وَمِنْ مُشَايخِ زَمَانِنَا رحمهم الله مَنْ كَانَ يُفْتِي فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا بِعَامَّةِ الروَايَاتِ ^(١). إِلَى هُنَا نَقْطُ «تَمَّةُ الْفَتَاوَى».

قَوْلُهُ: (وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ)، أَيُّ: وَفَّقَ بَيْنَ رُؤَايَتِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» وَ«الزِّيَادَاتِ»، وَحَمَلَ رَوَايَةَ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا، وَرَوَايَةَ «الزِّيَادَاتِ» عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْعُذْرُ ظَاهِرًا. وَإِلَيْهِ مَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ، وَالْعَتَّابِيُّ، وَفَخَرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمهم الله فِي شُرُوحِهِمْ لـ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(٢).

وَالْعُذْرُ الظَّاهِرُ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِقَطْعِ يَدِهِ لِأَكْلَةٍ وَقَعَتْ فِيهَا فَبَرَأَتْ، أَوْ اسْتَأْجَرَ لِقَلْعِ السِّنِّ عَنْ وَجَعٍ، ثُمَّ سَكَنَ الْوَجَعُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ لَطَبْخِ طَعَامِ الْوَلِيمَةِ فَمَاتَتِ الْمَرْأَةُ، أَوْ اخْتَلَعَتْ، أَوْ اسْتَأْجَرَ لِيُخْتِنَ وَلَدَهُ، فَمَاتَ الْوَلَدُ وَنَحْوَ ذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْعُذْرُ ظَاهِرًا كَالَّذِينَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى الْإِيْفَاءِ مِنْ مَالٍ آخَرَ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ لِيُزُولَ الْاشْتِبَاهُ وَيَتَحَقَّقَ الْعُذْرُ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ مِنَ السَّفَرِ، فَهُوَ عُذْرٌ)،

(١) ينظر: «تَمَّةُ الْفَتَاوَى» لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٢].

(٢) ينظر: «شرح الجَامِعِ الصَّغِيرِ» لِقَاضِيخَانَ [ق/٢١٨]، وَلِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ص ٥١٢].

وَأِنْ بَدَأَ لِلْمُكَارِي فَلَيْسَ بِعُذْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْعُدَ وَيَتَّبِعَتْ الدَّوَابُّ عَلَى يَدِ تَلْمِيزِهِ أَوْ أَجِيرِهِ .

فاية البيان

وهذا لفظ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره» ، وتماثفه فيه : «وإن بدا للمُكَارِي ؛ فليس بعذر»^(١) .

وقال في «الجامع الصغير» : «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة رحمه الله : في الرَّجُلِ يَكْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ إِبْلًا إِلَى مَكَّةَ ، فَأَرَادَ الَّذِي اكْتَرَى أَنْ يَقْعُدَ ، قَالَ : هَذَا عُذْرٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الْجَمَّالُ ذَلِكَ ، قَالَ : فَلَيْسَ هَذَا بِعُذْرٍ»^(٢) . إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير» .

وجملتهُ هذا : ما ذكرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِجَابِيُّ رحمه الله في «شرح الكافي» للحاكمِ الشهيد رحمه الله قَالَ : «وإن استأجرَ دَابَّةً إِلَى بَغْدَادَ وَهِيَ بَعَيْنُهَا ، ثُمَّ [م/ظ ٣٥٣/٦] بَدَأَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَقْعُدَ ؛ فَلَا يَخْرُجُ ، فَهَذَا عُذْرٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَتَعَلَّقَ مَصْلَحَتُهُ بِالسَّفَرِ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ ، فَإِذَا وَقَعَ الاسْتِغْنَاءُ عَنْهُ ؛ انْدَفَعَتِ الْحَاجَةُ بِدُونِهِ ، فَيَكُونُ عُذْرًا .

وكذلكَ لَوْ أَرَادَ الْخُرُوجَ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لَهُ ، أَوْ عَبْدٍ آتِيٍّ ، فَرَجَعَ - يَعْنِي : الْغَرِيمَ وَالْعَبْدَ - ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ انْدَفَعَتْ ، وَكَذَا لَوْ مَرِضَ ، أَوْ لَزِمَهُ غَرِيمٌ ، أَوْ خَافَ أَمْرًا ، أَوْ نَفَقَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ أَصَابَهَا شَيْءٌ لَا يَسْتَطِيعُ الرُّكُوبَ مَعَهُ ؛ كَانَ هَذَا عُذْرًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الْانْتِفَاعُ بِالْمَحَلِّ الْمُسْتَأْجَرِ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْأَمْرُ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْتُ لَكَ ، وَأَرَادَ رَبُّ الدَّابَّةِ أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ ؛ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا عُذْرَ ، وَإِنْ عَرَضَ لِرَبِّ الدَّابَّةِ مَرَضٌ لَا يَسْتَطِيعُ الشَّخْصُ فِيهِ [م/ظ ٥٢٦/٢] مَعَ دَابَّتِهِ ؛ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الدَّابَّةِ أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ ، وَلَكِنَّهُ

(١) ينظر : «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٥] .

(٢) ينظر : «الجامع الصغير» / مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٥٠] .

ولو مَرَضَ الْمُوَاجِرُ فَقَعَدَ ، فَكَذَا الْجَوَابُ عَلَى رِوَايَةِ «الأَصْلِ» . وَرَوَى
الْكُرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ عُذِرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْرَى عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ [١٢٤/١] عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ
دُونَ الْإِخْتِيَارِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

يُؤْمَرُ أَنْ يُرْسَلَ مَعَهُ رَسُولًا يَتَّبِعُ الدَّابَّةَ .

وكذا لو أَخَذَهُ غَرِيمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ يَقَعُ بِالدَّابَّةِ ، وَلَا مَانِعَ فِي حَقِّهَا ، وَإِقَامَةُ
غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ مُمَكِّنٌ ، فَانْتَفَى الضَّرَرُ ، فَبَقِيَ الْعَقْدُ عَلَى مَا كَانَ ، وَإِنْ عَطِبَتْ كَانَ
هَذَا عَذْرًا ؛ لِأَنَّهُ يُعْجِزُهُ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، وَهَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بَعَيْنِهَا .

فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بِغَيْرِ عَيْنِهَا ؛ لَمْ يَكُنْ هَذَا عَذْرًا ؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ دَابَّةٍ
بَعَيْنِهَا لَا يَكُونُ عَجْزًا عَنْ تَسْلِيمِ دَابَّةٍ مُطْلَقَةٍ ، فَيُؤْمَرُ أَنْ يَأْتِيَهُ بِدَابَّةٍ يَحْمِلُ عَلَيْهَا ؛
لِأَنَّهُ التَّرَمَّ الْعَمَلُ .

وقوله: (بَدَأَ لَهُ) ، يُقَالُ: بَدَأَ لِي فِي هَذَا الْأَمْرِ بَدَاءً ، أَي: تَغَيَّرَ رَأْيِي عَمَّا كَانَ
عِيبَهُ . وَفُلَانٌ ذُو بَدَاوَةٍ ؛ إِذَا بَدَأَ لَهُ الرَّأْيُ بَعْدَ الرَّأْيِ . كَذَا فِي «الْمَجْمَلِ»^(١) .

وقال ابنُ دُرَيْدٍ: «بَدَأَ لِي الشَّيْءُ بَدَوًا وَبُدُوًا ؛ إِذَا ظَهَرَ ، وَبَدَأَ لِي فِي الْأَمْرِ
- إِذَا أَضْرَبْتَ عَنْهُ - بَدَوًا وَبَدَاءً» . كَذَا فِي «الْجُمْهَرَةِ»^(٢) .

ومنه قولُ الْحَرِيرِيِّ فِي الْمَقَامَةِ التَّاسِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ: «فَإِنَّ لِلتَّأْخِيرِ آفَاتٍ ،
وَلِلْعَزَائِمِ بَدَوَاتٍ»^(٣) .

قوله: (ولو مَرَضَ الْمُوَاجِرُ فَقَعَدَ ، فَكَذَا الْجَوَابُ عَلَى رِوَايَةِ «الأَصْلِ») ،
يَعْنِي: لَوْ مَرَضَ رَبُّ الدَّابَّةِ لَا يَكُونُ ذَلِكَ عَذْرًا عَلَى رِوَايَةِ «المَبْسُوطِ» ، وَذَلِكَ لِمَا

(١) ينظر: «مجممل اللغة» لابن فارس [ص/١١٩] .

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٣٠٣/١] .

(٣) ينظر: «مقامات الحريري» [ص/٥٤٢] .

وَمَنْ آجَرَ عَبْدًا ثُمَّ بَاعَهُ ؛ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَى
مُوجِبِ عَقْدٍ ، إِنَّمَا يَفُوتُهُ الاسْتِرْبَاحُ وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ .

﴿ هاية البيان ﴾

قلنا: إِنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَّبِعَ رَسُولًا يَتَّبِعُ الدَّابَّةَ .

قَالَ صَاحِبُ «الهِدَايَةِ» رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: (رَوَى الْكَرْخِيُّ رحمته الله): أَنَّهُ عُذْرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ) ، وَهُوَ مَا رَوَى الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» بِقَوْلِهِ: «وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ
رحمته الله: إِنْ مَرَضَ الْمُوَاجِرُ أَوْ أَصَابَ إِبِلَهُ دَاءٌ ؛ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ إِذَا كَانَتْ بَعَيْنُهَا»^(١) .

وَقَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «لَوْ قَالَ الْمُسْتَأْجِرُ: أَنَا أُرِيدُ السَّفَرَ . وَقَالَ الْآجِرُ:
إِنَّهُ يَتَعَلَّلُ وَلَا يُرِيدُ الْخُرُوجَ ؛ حَلَفَ الْقَاضِي الْمُسْتَأْجِرَ بِاللَّهِ تَعَالَى إِنَّكَ عَزَمْتَ عَلَى
السَّفَرِ ، وَفَسَخَ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا ، وَإِلَيْهِ مَالُ الْكَرْخِيِّ وَالْقُدُورِيِّ رحمته الله ، فَلَوْ خَرَجَ
الْمُسْتَأْجِرُ بَعْدَ الْفَسْخِ إِلَى السَّفَرِ ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: بَدَأَ لِي فِي ذَلِكَ ، وَقَالَ خَصْمُهُ:
إِنَّهُ كَاذِبٌ ، يُحْلَفُ بِاللَّهِ تَعَالَى: إِنَّكَ قَاصِدٌ فِي خُرُوجِكَ إِلَى السَّفَرِ»^(٢) .

قَوْلُهُ: (وَمَنْ آجَرَ عَبْدًا ثُمَّ بَاعَهُ ؛ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ) [٣٥٤/٦] ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ
«الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوَرُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ
عَبْدَهُ ثُمَّ يَبِيعُهُ ، قَالَ: هَذَا لَيْسَ بِعُذْرٍ»^(٣) . هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَذَلِكَ
لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ بِمَنْزِلَةِ بَيْعِ الْعَيْنِ ، لَا يُنْقَضُ إِلَّا بِمَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ بِمِثْلِهِ ، وَإِنَّمَا
يُنْقَضُ الْبَيْعُ بَعِيْبٍ يَحْدُثُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالْإِجَارَةُ عِنْدَنَا تُنْقَضُ بِالْعُذْرِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ
الْعَيْبِ الْحَادِثِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَلَمْ يُوجَدْ الْعُذْرُ هُنَا ، وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ شَهْوَةٍ .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٧٦/ق] .

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [٢٣٤/ق] .

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٤٣٨/ص] .

هبة البيان

فلو نقض عَقْدَ الإِجَارَةِ بمجردِ إرادةِ البَيْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلْحَقَهُ دَيْنٌ فَادِحٌ^(١) لَا يُمَكِّنُهُ أَدَاؤُهُ إِلَّا مِنْ ثَمَنِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ، لَمْ تَسْلَمْ الإِجَارَةُ مِنَ النِّقْضِ أَبَدًا، وَلَطَلَّتْ حَوَائِجُ النَّاسِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي بَابِ انْتِقَاضِ الإِجَارَةِ مِنْ «شرح الكافي»: «فَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُهُ أَنْ يَبِيعَهُ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَاعَهُ لَمْ يَجْزِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ حَقُّ الِانْتِفَاعِ، فَلَوْ نَفَذْنَا الْبَيْعَ أَبْطَلْنَا حَقَّ الْمُسْتَأْجِرِ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا يَجُوزُ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَحُيِسَ فِيهِ فَبَاعَهُ، فَهَذَا عُذْرٌ، وَبِيعُهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَخَلَّصُ عَنْ عَهْدَةِ الدَّيْنِ إِلَّا بِبَيْعِهِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ «شرح الكافي».

وَقَالَ فِي «مختصر الطَّحَاوِيِّ رحمته الله»: «وَمَنْ آجَرَ دَارَهُ ثُمَّ بَاعَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ فِيهَا، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدًا رحمتهما الله قَالَا: لِلْمُسْتَأْجِرِ مَنَعُ الْمُشْتَرِي مِنْهَا، وَنَقُضُ الْبَيْعِ عَلَيْهِ فِيهَا، فَإِنْ نَقَضَهُ كَانَ مُتَنَقِضًا، وَلَمْ يَعُدْ [٢٧/٢هـ] بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَنْقُضْهُ حَتَّى فَرَّغَتْ الدَّارُ مِنَ الإِجَارَةِ؛ تَمَّ ذَلِكَ الْبَيْعُ فِيهَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ الْقَدِيمِ رحمته الله.

وَرَوَى عَنْهُ أَصْحَابُ «الإِمْلَاءِ» أَنَّهُ قَالَ: لَا سَبِيلَ لِلْمُسْتَأْجِرِ إِلَى نَقْضِ الْبَيْعِ فِيهَا، وَالْإِجَارَةُ فِيهَا كَالْعَيْبِ فِيهَا، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِهِ؛ فَقَدْ بَرِيَ الْبَائِعُ مِنْهُ، وَلِلْمُسْتَرِي قَبْضُ الدَّارِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الإِجَارَةِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلِيمًا بِذَلِكَ؛ كَانَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ فِيهَا لِلْعَيْبِ الَّذِي وَجَدَهُ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ.

وَالَّذِي يَرْوِيهِ مُحَمَّدٌ رحمته الله مِنْ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: إِنَّهُ لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ نَقْضُ الْبَيْعِ، وَلَكِنَّهُ إِنْ أَجَازَ الْبَيْعَ كَانَ فِي ذَلِكَ إِبْطَالٌ مَا بَقِيَ مِنْ إِجَارَتِهِ، وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ إِنَّمَا رَوَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ غَيْرُهُ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ رحمته الله فِي «مختصره».

(١) وقع بالأصل «لان»، و«غ»: «قادح». والمثبت من: «ج»، و«س». وفي «م»: «دَيْنٌ حَادِثٌ».

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٣٠ - ١٣١].

غاية البيان

وقال الإمام الأنسنجابي رحمته الله في «شرح الطحاوي»^(١): «مَنْ آجَرَ دَارَهُ ثُمَّ بَاعَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ؛ فَإِنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، حَتَّى إِنْ الْمَدَّةُ لَوْ انْقَضَتْ؛ كَانَ الْبَيْعُ لَازِمًا لِلْمُشْتَرِي، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنِ الْأَخْذِ إِلَّا إِذَا طَالَبَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالتَّسْلِيمِ قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ، فَلَمْ يُمْكِّنْهُ مِنْ ذَلِكَ، وَفَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ فِيمَا بَيْنَهُمَا؛ فَإِنَّهُ لَا يَعُودُ جَائِزًا بِمُضِيِّ الْمَدَّةِ.

وَلَوْ أَنَّ [٣٥٤/٦م] الْمُسْتَأْجَرَ أَجَازَ الْبَيْعَ جَازًا، وَبَطَلَتْ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمَدَّةِ، وَلَوْ فَسَخَ فَإِنَّهُ لَا يَنْقَسِحُ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا، حَتَّى أَنْ الْمَدَّةُ إِذَا انْقَضَتْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ، هَذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ^(٢) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله: أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لَهُ أَنْ يَنْقَضِرَ الْبَيْعُ، فَإِذَا نَقَضَ الْبَيْعَ؛ فَإِنَّهُ لَا يَعُودُ، وَرَوَى عَنْ أَبِي يَوْسُفَ رحمته الله أَنَّهُ قَالَ: لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجَرِ نَقْضُ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فِيهَا كَالْعَيْبِ.

فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا وَقَتَ الشَّرَاءِ بِالْإِجَارَةِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْبَائِعَ بِتَسْلِيمِ الدَّارِ إِلَى أَنْ يَمْضِيَ وَقْتُ الْإِجَارَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا وَقَتَ الشَّرَاءِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ نَقَضَهُ بِالْعَيْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ.

وكَذَلِكَ هَذَا الْحُكْمُ فِي الْإِقْرَارِ إِذَا أَقَرَّ بِدَارِهِ لِرَجُلٍ بَعْدَمَا آجَرَهَا، فَإِنْ إِقْرَارُهُ يَصِحُّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْجَرِ، فَإِذَا مَضَتْ الْمَدَّةُ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى بِالدَّارِ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ.

وَلَوْ آجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ آجَرَهَا مِنْ آخَرَ، فَإِنَّ عَقْدَ الثَّانِي يَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى

(١) مِنْ هُنَا بَدَأَ النُّقْلَ مِنْ «شرح مختصر الطحاوي» للأنسنجابي [ق/٢٨٨].

(٢) يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

﴿ هـاية البيان ﴾

إجارة المُسْتَأْجِرِ الأولِ، فإنَّ أَبْطَلَهُ بَطَلَ، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ هناك إذا أَبْطَلَهُ لَا يَبْطُلُ.

والفرقُ بينهما: أنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ إِنَّمَا يَقَعُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَالْمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةٌ لِمُسْتَأْجِرِ الأولِ، فإنَّ أَجَارَ مَالِكُهَا جاز، وإنَّ أَبْطَلَ بَطَلَ.

وَأَمَّا البَيْعُ: فَإِنَّمَا يَقَعُ عَلَى الْعَيْنِ، وَالْعَيْنُ مَمْلُوكَةٌ لِلْمُؤَاجِرِ إِلَّا أَنَّ لِلْغَيْرِ فِيهِ حَقًّا، فإذا زَالَ حَقُّ الْغَيْرِ نَفَذَ البَيْعُ.

ولو أَجَارَ المُسْتَأْجِرُ الأولُ الإِجَارَةَ الثَّانِيَةَ: صَحَّتِ الإِجَارَةُ الثَّانِيَةُ، والأُجْرَةُ لِلْمُسْتَأْجِرِ الأولِ لَا تَكُونُ لِصَاحِبِ الدَّارِ، بخلافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ الثَّمَنَ لِصَاحِبِ الْمَلِكِ.

والفرقُ ما ذَكَرْنَا: أَنَّ الْمَنْفَعَةَ مَمْلُوكَةٌ لِلْمُسْتَأْجِرِ، والأُجْرَةُ بَدْلُهُ، فَتَكُونُ لَهُ، بخلافِ البَيْعِ، فَإِنَّ الْعَيْنَ مَمْلُوكَةٌ لِلْمُؤَاجِرِ، وَالثَّمَنُ بَدْلُ الْعَيْنِ، فَتَكُونُ بَدْلُهُ لَهُ، وبالإِجَارَةِ لَا يَنْقَسِحُ عَقْدُ المُسْتَأْجِرِ الأولِ مَا لَمْ تَمْضِ مَدَّةُ الثَّانِي، فإذا مَضَتْ فَحِينَئِذٍ تَنْقَضِي الْمُدَّتَانِ جَمِيعًا إِنْ كَانَتْ مَدَّتُهُمَا وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ مَدَّةُ الثَّانِي أَقَلَّ مِنْ مَدَّةِ الأولِ؛ فَلِلأَوَّلِ أَنْ يَسْكُنَ الدَّارَ حَتَّى تَتِمَّ الْمَدَّةُ.

وكذلك لو رَهَنَهَا الْمُؤَاجِرُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الإِجَارَةِ؛ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُرْتَهِنِ، وَلَكِنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَحْبَسَ إِلَى أَنْ تَنْقَضِيَ مُدَّتُهُ، وَلَوْ رَهَنَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ وَقَبَضَهَا الْمُرْتَهِنُ، ثُمَّ بَاعَهَا الرَّاهِنُ مِنْ آخَرَ؛ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُسْتَشْتَرِي، وَفِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ لَا يَجُوزُ.

وله أَنْ يَحْبِسَهَا حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَالَهُ، فإذا افْتَكَّهَا الرَّاهِنُ سَلَّمَ الدَّارَ إِلَى [٢/٢٧٧هـ] الْمُشْتَرِي، كما ذَكَرْنَا فِي الإِجَارَةِ إِلَّا أَنَّ هَاهُنَا: إِذَا أَجَارَ الْمُرْتَهِنُ البَيْعَ جاز، وَتُسَلَّمُ

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخِيَاطُ غُلَامًا ، فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ الْعَمَلَ ؛ فَهُوَ الْعُذْرُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ
الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ ، وَتَأْوِيلُ
الْمَسْأَلَةِ خِيَاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ ، أُمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرِ فَرَأْسِ مَالِهِ الْخِيطُ وَالْمَخِيطُ
وَالْمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِفْلَاسُ فِيهِ .

غاية البيان

الدارُ إلى المُشْتَرِي ، وَالثَّمَنُ يَكُونُ رَهْنًا مَكَانَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ لِلْعَيْنِ مَا
دَامَ الْعَيْنُ قَائِمَةً ، فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ فِي بَدْلِهِ ^(١) . كَذَا فِي «شرح الطحاوي» رحمته الله .

[٢٥٥/٣م] قَوْلُهُ : (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخِيَاطُ غُلَامًا ، فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ الْعَمَلَ ؛ فَهُوَ
عُذْرٌ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الجامع الصغير» .

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فِي الْخِيَاطِ يَسْتَأْجِرُ
الْغُلَامَ لِيَخِيطَ مَعَهُ ، فَأَفْلَسَ الْخِيَاطُ وَتَرَكَ الْعَمَلَ ، قَالَ : هَذَا عُذْرٌ ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَدَعَ
الْخِيَاطَةَ وَيَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ ؛ فَلَيْسَ هَذَا بِعُذْرٍ» ^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع
الصغير» ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا أَفْلَسَ الْخِيَاطُ ؛ فَقَدْ عَجَزَ عَنِ الْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ ،
أَعْنِي : أَنَّهُ عَجَزَ عَنِ اسْتِعْمَالِ الْغُلَامِ مَعَهُ فِي الْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ تِجَارَتَهُ تَنْقَطِعُ عِنْدَ
الْإِفْلَاسِ ، فَيَلْزَمُهُ فِي بَقَاءِ الْعَقْدِ ضَرَرٌ زَائِدٌ لَمْ يَسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ ، فَصَارَ إِفْلَاسُهُ عُذْرًا
فِي فُسْخِ إِجَارَةِ الْغُلَامِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَ حَانُوتًا لَيَتَجَرَّ فِيهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ كَانَ
ذَلِكَ عُذْرًا ، وَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا .

وَأُورِدَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله هُنَا فِي «شرح الجامع الصغير» سَوَالًا وَجَوَابًا
فَقَالَ : فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ يُفْلَسُ الْخِيَاطُ ، وَرَبَّمَا كَانَ عَمَلُهُ بِالْإِبْرَةِ ، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ
إِبْرَةً بِحَبَّةٍ ؟ !

(١) يَنْظُرُ : «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْيْخِجَابِيِّ [ق/٢٨٨] .

(٢) يَنْظُرُ : «الجامع الصغير» / مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص/٤٣٨] .

وَإِذَا أَرَادَ تَرْكَ الْخِيَاطَةِ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْعُدَ الْغُلَامُ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلٍ آخَرَ حَيْثُ جَعَلَهُ عُذْرًا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُمَكِّنُهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَمَلَيْنِ، أَمَّا هَذَا الْعَامِلُ شَخْصَانِ فَأُمَكِّنَهُمَا الْعَمَلُ.

غَايَةُ الْبَيَانِ

قِيلَ لَهُ: رَبَّمَا يَكُونُ الْخِيَّاطُ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، فَيَشْتَرِي الْكَرَائِسَ وَيَخِيْطُ، ثُمَّ يَبِيعُ، فَأَفْلَسَ عَنْ ذَلِكَ، وَرَبَّمَا عَمِلَ لِلنَّاسِ فَاسْتَقْبَلَهُ عُذْرٌ عَجَزَ عَنْ قَبُولِ الْعَمَلِ، فِذَا اسْتَقْبَلَهُ الْعُذْرُ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوَجْهِ؛ فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ.

وَكَذَا إِذَا مَرَضَ الْخِيَّاطُ، فَقَامَ عَنِ السُّوقِ؛ يَكُونُ ذَلِكَ عُذْرًا فِي فُسْخِ اسْتِئْجَارِ الْغُلَامِ. كَذَا ذَكَرَ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِهِ لـ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

وَقَالَ الْعَتَّابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» فِي تَأْوِيلِ الْمَسْأَلَةِ: «يُرِيدُ بِهِ: خِيَّاطًا يَخِيْطُ ثِيَابَ نَفْسِهِ لِيَبِيعَهَا، أَوْ خِيَّاطًا ظَهَرَ خِيَانَتُهُ عِنْدَ النَّاسِ، فَلَا يُعْطِيهِ أَحَدًا ثَوْبًا يَخِيْطُهُ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ بِالْمُضِيِّ»^(٢) فِي مُوجِبِ الْعَقْدِ ضَرَرٌ لَمْ يَلْزَمْهُ بِالْعَقْدِ.

وَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتْرُكَ الْخِيَاطَةَ وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلِ الصَّرْفِ؛ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُذْرٍ فِي الْفُسْخِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاجِزٍ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَغْمِلَ الْغُلَامَ فِي نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَانُوتِ، وَهُوَ بِنَفْسِهِ يَشْتَغِلُ بِالصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ أُخْرَى، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي مَعْنَى الْعَيْبِ.

وَلَوْ وَجَبَ النِّقْضُ بِمِثْلِ ذَلِكَ لَمَّا سَلِمَ عَقْدُ أَبَدًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ، أَوْ لِعَمَلٍ آخَرَ غَيْرِهَا، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ، كَانَ ذَلِكَ عُذْرًا، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَتَفْسُخُ الْإِجَارَةِ بِالْأَعْذَارِ)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْعَمَلَيْنِ لِعَامِلٍ

(١) يَنْظُرُ: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «بِالْمَعْنَى». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ سَافَرَ؛ فَهُوَ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنِ الْإِزَامِ ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي الْمَنْعِ مِنَ السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا، وَكَذَا إِذَا أُطْلِقَ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

وَاحِدٍ مُتَعَذِّرٌ، فَكَانَ عُذْرًا، وَهَذَا الْعَامِلُ اثْنَانِ، فَأَمَكَنَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَمَلَيْنِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ سَافَرَ؛ فَهُوَ عُذْرٌ).

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسَافَرَ، قَالَ: هَذَا عُذْرٌ»^(١). وَقَدْ مَرَّ نَحْنُ هَذَا فِي أَوَّلِ بَابِ إِجَارَةِ الْعَبْدِ.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله [٣٥٥/٦ ظ/م] فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَهَذِهِ

مِنَ الْخَوَاصِّ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ بِالْعَبْدِ إِلَى السَّفَرِ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ مِنْ خِدْمَةِ الْحَضَرِ، فَلَوْ مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ؛ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ، فَكَانَ عُذْرًا»^(٢).

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَخْدُمَهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ لَا

يُمْكِنُ أَنْ يَسَافَرَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ مِنْ خِدْمَةِ الْحَضَرِ، فَلَا يُسْتَحَقُّ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا أُطْلِقَ)، [أَي: أُطْلِقَ الْعَقْدُ]^(٣) فِي اسْتِئْجَارِ الْغُلَامِ لِلْخِدْمَةِ،

وَلَمْ يَقَيَّدْ بِخِدْمَتِهِ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ لَزِيَادَةٍ؛ يَكُونُ ذَلِكَ عُذْرًا فِي فُسْخِ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَذْهَبَ بِهِ إِلَى السَّفَرِ؛ [لَزِيَادَةِ خِدْمَةٍ]^(٤) [٥٢٨/٢]

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٩].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

بالحضر ، بخلاف ما إذا أجز العَقَّارُ ثُمَّ سَافَرَ ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ إِذَا الْمُسْتَأْجِرُ يُمَكِّنُهُ
إِسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ ، حَتَّى لَوْ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ لِمَا فِيهِ مِنْ
إِمْنَعٍ مِنَ السَّفَرِ أَوْ إِلْزَامٍ الْأَجْرِ بِدُونِ السَّكْنِ وَذَلِكَ ضَرَرٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

نَسَمَر . فَيَتَقَيَّدُ بِخِدْمَةِ الْحَضَرِ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ .

فَإِذَا أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ ؛ كَانَ عُذْرًا فِي الْقَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْمَضِيِّ عَلَى
مَوْحِبِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَضْحَبَ الْغَلَامَ ، فَلَوْ مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ لِأَجْلِ
غَلَامٍ ؛ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ لَمْ يَسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَ عُذْرًا .



مَسَائِلُ مَنْشُورَةٌ

قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، أَوْ اسْتَعَارَهَا، فَأَحْرَقَ الْحَصَائِدَ، فَأَحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرْضٍ أُخْرَى؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ فَأَشْبَهَ حَافِرَ الْبَيْتِ فِي دَارِ نَفْسِهِ.....

«حاشية البيان»

قوله: (مَسَائِلُ مَنْشُورَةٌ)، أي: نُثِرَتْ عَنْ أَمَاكِنِهَا، وَذُكِرَتْ هُنَا تَلَاْفِيًا لِمَا فَاتَ.

قوله: (قَالَ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، أَوْ اسْتَعَارَهَا، فَأَحْرَقَ الْحَصَائِدَ، فَأَحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرْضٍ أُخْرَى؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ).

وصورتها في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة رضي الله عنه: فِي رَجُلٍ يَسْتَعِيرُ أَرْضًا، فَحَرَقَ الْحَصَائِدَ فِيهَا، فَأَحْتَرَقَتْ أَرْضٌ لِقَوْمٍ آخَرِينَ، أَوْ اسْتَأْجَرَهَا، ففَعَلَ ذَلِكَ، فَأَحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرْضٍ لِقَوْمٍ آخَرِينَ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»^(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير»، وهي من الخواص.

ومعنى احتراق الأرض: احتراق ما فيها، وإنَّما لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّ هَذَا تَسْبِيبٌ لَيْسَ بِمُبَاشَرَةٍ، وَالضَّمَانُ فِي التَّسْبِيبِ لَا يَجِبُ بَدُونِ التَّعَدِّي، وَلَمْ يُوْجَدْ التَّعَدِّي، فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

وإنَّما قلنا: إِنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ التَّعَدِّي؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ وَاسْتَعَارَهَا لِيَنْتَفِعَ بِهَا، وَالِانْتِفَاعُ بِهَا لَا يَتَهَيَّأُ بَدُونَهُ، فَصَارَ كَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ [فمات] ^(٢)، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ.

وأضله: أَنَّ الْمُبَاشَرَةَ عِلَّةٌ لَا يَبْطُلُ حُكْمُهَا بِعُذْرٍ، وَلِهَذَا لَوْ رَمَى سَهْمًا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، أَوْ مَالًا، ضَمِنَ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٤٩، ٤٥٠].

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

﴿ هاية البيان ﴾

والتسبیب لیس بعلة، فلا بُدَّ مِنْ صفةِ العدوانِ ليصيرَ علةً، وإحراقُ الحصائدِ لیس بتعدُّ، فلا يَضْلُحُ علةً لضمانِ التعدِّي، كحفرِ البئرِ في دارِهِ حتى لو كان متعدِّياً ضَمِنَ، كما إذا سقى سقياً لا تُطِيقُ مثْلُ هذه الأرضِ، فتعدَّى إلى أرضٍ جارِهِ؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه فيما فعلَ لیس بمُنتفع، بل هو مُتعدِّ. كذا قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان رحمته الله في شرحه لـ «الجامع الصغير»^(١).

ونَقَلَ صاحبُ «الأجناس» في كتابِ الغصبِ عن دِيَاتِ «الأصل»^(٢): «لو وضعَ جَمْرًا في الطريقِ، فحرَّكته الرِّيحُ، فذهبتْ به مِنْ ذَلِكَ الموضعِ، فأحرقَ شيئًا؛ لَمْ يَضْمَنْ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ قَدْ تَغَيَّرَ عَنْ حَالِهِ التي وُضِعَ [٣٥٦/٦م] عليها، وكذلك إذا وَضَعَ حَجْرًا»^(٣).

وقالَ الصدرُ الشهيدُ في بابِ الدِّيَاتِ وَالْجَنَائِيَّاتِ بعلامةِ الواوِ^(٤) مِنْ «الواقعات»: «رَجُلٌ أَحْرَقَ شَوْكًا أَوْ نَبْتًا فِي أَرْضِهِ، فَذَهَبَ الرِّيحُ بِالشَّرَارَاتِ إِلَى أَرْضِ جَارِهِ فَأَحْرَقَ زَرْعَهُ: إِنْ كَانَتِ النَّارُ تَتَقَدُّ مِنْ أَرْضِ الْجَارِ عَلَى وَجْهِ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ شَرَرُ النَّارِ فِي الْعَادَةِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِفِعْلِ النَّارِ، وَإِنَّهُ جُبَارٌ. وَلَوْ كَانَ بِقُرْبٍ مِنْ أَرْضِهِ، أَوْ عَلَى وَجْهِ يَصِلُ إِلَيْهِ شَرَرُ النَّارِ غَالِبًا، فَإِنَّهُ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُوقِدَ النَّارَ فِي أَرْضِهِ، وَلَكِنْ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَعَدَّى ضَرَرُهُ إِلَى أَرْضِ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [٢٢٠/ق].

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٢٦/٧] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطقي [٤٨٩/١، ٤٩٠].

(٤) يعني بـ: «علامة الواو»: ما رمز به حُسامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات» /

الفتاوى الكبرى» إلى كتاب: «الواقعات» للناطقي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه.

ينظر: «الفتاوى الكبرى» = الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي -

تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

هابة البيان

جارِه ، وهذا كما إذا سقى أرضَ نفسه ، فتعدى إلى أرضِ جارِه .

وكذلك لو أن رجلاً اتخذ في دارِه هدفاً يرمى إليه ، فجاوز السهمُ دارَه ، وسارَ إلى دارِ جارِه فقتل رجلاً ، أو أفسد مالا ؛ فهو ضامنٌ قيمةَ المالِ ، وديةَ المقتولِ على عاقلته .

وكذلك الحدّادُ لو أخرج الحديدَ من الكورة^(١) ، وذلك في حانوته ، ووضعَه على العلاة^(٢) ، وضربه بمطرقة^(٣) ، فخرج شررها إلى طريق العامة ، فأحرق رجلاً . أو فقأ عينه ، فديته على عاقلته ، ولو أحرق ثوبَ إنسانٍ ؛ فقيمتُه على الحدّادِ في ماله ، ولو لم يضربه بالمطرقة حين وضعه على العلاة فأخرج الريحُ شرره ، فأصاب ما أصاب ، فهو هدرٌ . كذا في «الوقعات» .

وقال في كتاب الشُّربِ في «الشامل» : «سقى أرضه ، فسال من مائه في أرضِ رجلٍ فغرقها ، أو نزت ، لا ضمانَ عليه ؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في التسببِ [٥٢٨/٢ ط] . وكذلك إذا أحرق كلاً ، أو حصائدَ في أرضه ، فذهب النارُ فأحرق شيئاً لغيره ، لم يضمنْ ، لا جرمَ إن كان يومَ ريحٍ ، فعلمَ : أنه يذهبُ منها . قيل : يضمنُ» . إلى هنا لفظُ «الشامل» . والله أعلمُ .

والحصائدُ : جمعُ حصيدةٍ ، وهي ما يُحصدُ من الزرع والنبت .

(١) الكورة : مجمرة الحدّاد المبنية من الطين التي تُوقد فيها النار . ينظر : «تاج العروس» للزبيدي [١٤/٧٤/ مادة : كور] .

(٢) العلاة : السندان حَجراً كان أو حَدِيداً ، والجمعُ : العَلا . والسندانُ : ما يطرقُ الحدّادُ عليه الحديد . ينظر : «تاج العروس» للزبيدي [٣٩/٨٧/ مادة : علو] .

(٣) المطرقة - بكسر الميم - : ما يطرقُ به الحديد . ينظر : «المصباح المنير» للفيومي [٢/٣٧١/ مادة : طرق] .

وقيل: هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيحُ هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

هَآيَةِ الْبَيَانِ

قوله: (وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيحُ هَادِئَةً)، أي: قَالَ الْمَشَايخُ: [هَذَا الَّذِي قَالَهُ مُحَمَّدٌ] ^(١) فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مِنْ عَدَمِ الضَّمَانِ بِإِحْرَاقِ الْحَصَائِدِ إِذَا احْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ أَرْضٍ أُخْرَى: فِيمَا إِذَا كَانَتِ الرِّيحُ سَاكِنَةً وَقَتَ إِحْرَاقِ الْحَصَائِدِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ تَهْبُ حِينَئِذٍ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّدَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَحْرَقَهَا مَعَ عِلْمِهِ أَنَّ النَّارَ لَا تَسْتَقِرُّ فِي مَكَانِهَا مَعَ هُبُوبِ الرِّيحِ.

وقوله: (هَادِئَةً)، يُرْوَى بِالنُّونِ وَالْهَمْزِ جَمِيعًا، أَي: سَاكِنَةً، هَدَنَ وَهَذَا أَخْوَانٍ بِمَعْنَى: سَكَنَ، يُقَالُ: هَدَنَ يَهْدِنُ هُدُونًا وَمَهْدَنَةً، وَمِنْهُ قِيلَ لِسُكُونِ مَا بَيْنَ الْمُتَعَادِلَيْنِ بِالصُّلْحِ وَالْمَوَادَعَةِ: هُدْنَةً. كَذَا فِي «الْفَائِقِ» ^(٢)، وَمِنْهُ حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ: «هُدْنَةٌ عَلَى دَخَنِ» ^(٣)، أَي: عَلَى فُسَادٍ.

وَقَدْ طَنَّ عَلَى أَدْنِي فِي بَعْضِ مُطَالَعَاتِي قَوْلَ بَعْضِهِمْ ^(٤):

لَيْتَ السَّبَاعَ لَنَا كَانَتْ مُجَاوِرَةً ❦ وَأَنَّا لَا نَرَى فِيمَنْ نَرَى أَحَدًا

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) يَنْظُرُ: «الْفَائِقُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ» لِلزَّمْخَشَرِيِّ [٩٥/٤].

(٣) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْفَتَنِ وَالْمَلَا حِمٍ/ بَابُ ذِكْرِ الْفَتَنِ وَدَلَالَتِهَا [٤٢٤٤/٤]، وَالنَّسَائِيُّ

فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» فِي/ [٨٠٣٢/٨]، وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ» [٣٨٦/٥]، وَابْنُ حِبَّانَ فِي «صَحِيحِهِ»

[٥٩٦٣/٥]، وَالْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ عَلَى الصَّحِيحَيْنِ» [٤٧٩/٤]، مِنْ حَدِيثِ حُذَيْفَةَ بْنِ الْيَمَانِ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ.

قَالَ الْحَاكِمُ: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادُ».

(٤) هُوَ ابْنُ هَرْمَةَ الشَّاعِرِ، وَالْبَيْتَانِ فِي: «دِيْوَانِهِ» [٩٧/ص].

وَمُرَادُ الْمُؤَلِّفِ مِنَ الشَّاهِدِ: الْاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى أَنَّ هَدَنَ وَهَذَا أَخْوَانٍ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَقَوْلُ ابْنِ

هَرْمَةَ «لَتَهْدَا» وَ«بِهَادٍ»: أَرَادَ «لَتَهْدَا» وَ«بِهَادِي»، فَأَبْدَلَ الْهَمْزَةَ إِبْدَالًا صَحِيحًا، وَذَلِكَ أَنَّهُ جَعَلَهَا

يَاءً. يَنْظُرُ: «تَاجُ الْعُرُوسِ» لِلزَّبِيدِيِّ [٥٠٣/١/مَادَّة: هَذَا].

قَالَ: وَإِذَا أَقْعَدَ الْخِيَاطُ أَوْ الصَّبَّاعُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ
بِالنِّصْفِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فِي الْحَقِيقَةِ ،

❦ هَابَةُ الْبَهَانِ ❦

إِنَّ السَّبَّاعَ لَتَهْدَا فِي فَرَائِسِهَا ❦ وَالنَّاسُ لَيْسَ بِهِادٍ شَرُّهُمْ أَبَدًا
[١/٣٥٦/٦] قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا أَقْعَدَ الْخِيَاطُ أَوْ الصَّبَّاعُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ
عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِالنِّصْفِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ) ، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوْرَتُهَا فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام:
فِي صَائِغٍ أَوْ خِيَاطٍ أَجْلَسَ فِي دُكَّانِهِ صَائِغًا أَوْ خِيَاطًا يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِالنِّصْفِ ،
قَالَ: جَائِزٌ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ ،
وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا عَلَى مَا مَرَّ فِي «كِتَابِ الشَّرِكَةِ» ، وَلَيْسَتْ بِإِجَارَةٍ .

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله: «وَتَفْسِيرُ الْمَسْأَلَةِ عِنْدَ بَعْضِ مَشَائِخِنَا عليه السلام:
أَنَّ صَاحِبَ الدُّكَّانِ رَجُلٌ مَعْرُوفٌ لَهُ جَاءَهُ عِنْدَ النَّاسِ ، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ حَازِقٍ ، فَأَقْعَدَ مَعَهُ
فِي دُكَّانِهِ رَجُلًا غَيْرَ مَعْرُوفٍ ، وَلَكِنَّهُ حَازِقٌ ، فَجَعَلَ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ الَّذِي يَأْخُذُ
مِنَ النَّاسِ بِالنِّصْفِ .

وَوَجْهُ آخَرُ: أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الدُّكَّانِ حَازِقًا ، لَكِنَّهُ غَيْرُ مَعْرُوفٍ ، لَا يُؤْتَمَنُ
وَلَا يُقْصَدُ ، فَأَقْعَدَ عَلَى دُكَّانِهِ رَجُلًا مَعْرُوفًا غَيْرَ حَازِقٍ ؛ لِيَطْرَحَ هَذَا الَّذِي قَعَدَ عَلَى
صَاحِبِ الدُّكَّانِ بِالنِّصْفِ ، قَالَ: وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ .

وَذَكَرَ فِي «كِتَابِ الشَّرِكَةِ»: أَنَّهُ فِي الْقِيَاسِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِيَتَقَبَّلَ الْأَعْمَالَ
بِنِصْفٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِ الْعَامِلِ عَلَى التَّفْسِيرِ الثَّانِي ، وَعَلَى التَّفْسِيرِ الْأَوَّلِ: آجَرَ
الدُّكَّانَ مِنَ الْعَامِلِ بِمَا قُلْنَا ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ .

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ: أَنَّ هَذِهِ عِبَارَةٌ عَنْ شَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَالتَّضَمُّنِ ، وَذَلِكَ

(١) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٥٠] .

فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ فَيَنْتَظِمُ بِذَلِكَ الْمَصْلَحَةُ فَلَا يَضُرُّهُ الْجَهَالَةُ فِيمَا يَخْصُلُ .

وَمِنْ [١٢٤/و] اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلًا وَرَاكِبِينَ إِلَى مَكَّةَ ؛ جَازَ ، وَلَهُ الْمَحْمِلُ الْمُعْتَادُ وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ

﴿ غاية البيان ﴾

صَحِيحٌ ، فَكَذَا هَذَا ؛ لِأَنَّ تَفْسِيرَ شَرَكَةِ التَّقْبُلِ : أَنْ يَكُونَ ضَمَانُ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَتَوَلَّى الْقَبُولَ مِنَ النَّاسِ لِحَاجَتِهِ ، وَالْآخَرُ يَتَوَلَّى الْعَمَلَ لِحَذَاقَتِهِ ، فَإِنَّ الشَّرْطَ عَلَيْهِمَا ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ صَحَّةِ الضَّمَانِ الْحَذَاقَةُ ، فَإِذَا وَجَدْنَا سَبِيلًا إِلَى الْحُكْمِ بِجَوَازِهِ - وَهُوَ مُعْتَادٌ مُتَعَارَفٌ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ - وَجَبَ الْقَوْلُ بِصَحَّتِهِ ^(١) . كَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ .

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» : «وكان القياسُ : ألاَّ يَجُوزَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ مَجْهُولٍ ، وَهُوَ نَصْفُ مَا يَتَقَبَّلُ ، وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ مَجْهُولٍ ؛ لَمْ تَجْزِ الْإِجَارَةُ .

وَأَمَّا وَجْهُ الاستحسانِ : فَهُوَ أَنَّ الْعَادَةَ قَدْ جَرَتْ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِذَلِكَ فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ أَقْوَى الْحُجَجِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صلوات الله عليه وآله قَالَ : «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا ؛ فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» ^(٢) .

[٢٩٢ و] قَوْلُهُ : (فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ) ، إِشَارَةٌ إِلَى الْخِيَاطِ أَوِ الصَّبَاغِ .

قَوْلُهُ : (وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ) ، إِشَارَةٌ إِلَى (مَنْ) فِي قَوْلِهِ : (مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ) .

قَوْلُهُ : (وَمِنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلًا وَرَاكِبِينَ إِلَى مَكَّةَ ؛ جَازَ ، وَلَهُ الْمَحْمِلُ الْمُعْتَادُ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ : «فَإِنْ شَاهَدَ الْجَمَّالُ

(١) ينظر : «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٧] .

(٢) مضمون تخريجه -

يُقْضَى ذَلِكَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْمُحْمَلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى الْمُتَعَارَفِ فَلَا

﴿ هَايَةِ الْبَيَان ﴾

الْمَحْمَلُ فَهُوَ أَجْوَزُ^(١)، أَي: أَقْرَبُ إِلَى الْجَوَازِ، أَوْ أَكْثَرُ جَوَازًا [م/٣٥٧/١]؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ [تُرْفَعُ]^(٢) الْجَهَالَةُ، فَيَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُشَاهِدِ الْمَحْمَلُ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا لَا قِيَاسًا، وَفِي بَعْضِ النُّسخ: «فَهُوَ أَجْوَدُ»^(٣)، مِنْ الْجَوْدَةِ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: لَا يَجُوزُ حَتَّى يُشَاهِدَ الْمَحْمَلُ، وَيُسَمَّى مَا يُغْطِي^(٤). كَذَا فِي «شرح الأقطع»^(٥)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ كِرَاءِ الْجَمَلِ: رُكُوبُ الرَّاكِبِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٠٢ - ١٠٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: فِي «م»: «تُرْفَعُ».

(٣) وَهَذَا لَفْظُ الْمَطْبُوعِ مِنْ: «مختصر القُدُوري» [ص/١٠٣]، وَهُوَ الثَّابِتُ فِي عِدَّةِ نُسَخٍ خَطِّيةٍ أَيْضًا، مِنْهَا: [ق/٤٥/أ] مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦). وَفِي [ق/٣٦/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢). وَ[ق/٥٤/ب] مخطوط مكتبة راغب باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥).

وَعَلَيْهِ شَرَحَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَئِمَّةِ. مِنْهُمْ: خُوَاهِرُ زَادَهُ فِي «شرح مختصر القُدُوري» [ق/٨٥/أ] مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)، وَبِهَاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي كِتَابِهِ: «زَادَ الْفُقَهَاءُ/ شرح مختصر القُدُوري» [ق/١٧٥/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥). وَالزَّاهِدِيُّ فِي: «الْمَجْتَبَى فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ» [ق/٣٦٦/ب] مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨) وَالحَدَّادِيُّ فِي: «الْجَوْهَرَةُ النِّيرَةُ/ شرح القُدُوري» [٢٦٦/١]. وَالمِيدَانِيُّ فِي: «الْبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ» [٩٥/٢]، وَ«خِلَاصَةُ الدَّلَائِلِ/ شرح القُدُوري» لِحَسَامِ الدِّينِ الرَّازِيِّ [٤٣٨/١]. وَغَيْرُهُمْ.

وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخ: [ق/٧٩/أ] مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك - تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠): «فَهَرِ احَقْ».

وَاللَّفْظُ الْأَوَّلُ: «فَهُوَ أَجْوَزُ»: هُوَ الثَّابِتُ فِي: «شرح مختصر القُدُوري» لِأَبِي نَصْرِ الْأَقْطَعِ [١/١٧٣/أ] مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧).

(٢) ينظر: «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» لِلْمَاورِدِيِّ [٤١١/٧]. وَ«التَّهْذِيبُ فِي فَهْمِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلْبَغْوي [٤٥٨/٤]. وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ [٢٠١/٥]،

(٥) ينظر: «شرح مختصر القُدُوري» لِأَبِي نَصْرِ الْأَقْطَعِ [١/١٧٣/أ] مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧).

يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرِ الْوِطَاءُ وَالْدُّثْرُ .

﴿ غاية البيان ﴾

وَالْمَحْمِلُ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ ، وَإِنَّمَا يُرَادُ بِهِ تَسْهِيلُ الرُّكُوبِ وَالتَّرَفُّهِ ، فَلَا تَتَوَقَّفُ صِحَّةُ الْعَقْدِ عَلَى مَشَاهِدَتِهِ ، كَسَرَجِ الدَّابَّةِ ، وَإِكَافِهَا ، وَالظَّلَالِ .

وَلَا يُقَالُ : الْمَحْمِلُ قَدْ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فِي الثَّقَلِ وَالْخِفَّةِ ، فَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ اخْتِلَافُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، فَيُمنَعُ صِحَّةُ الْعَقْدِ .

لِأَنَّا نَقُولُ : يَبْطُلُ ذَلِكَ بِالسَّرَجِ وَالْإِكَافِ وَالظَّلَالِ ، وَلِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمَعْتَادِ ، فَيَكُونُ الْمُرَادُ مِنَ الْمَحْمِلِ : مَا هُوَ الْمَعْتَادُ فِي كُلِّ بَلَدَةٍ لَا غَيْرَ ، حَتَّى إِذَا أَتَى بِمَا يُخَالِفُ الْعَادَةَ ؛ لَا يَكُونُ ذَلِكَ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ .

وَالْمَحْمِلُ - بفتح الميم الأول ، وكسر الثاني ، أو على العكس - : الْهُودَجُ الْكَبِيرُ الْحَجَّاجِيُّ . كَذَا فِي « الْمَغْرِبِ » ^(١) .

قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرِ الْوِطَاءُ وَالْدُّثْرُ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله .
يَعْنِي : يَجُوزُ الْعَقْدُ اسْتِحْسَانًا إِذَا لَمْ يَرِ الْجَمَّالُ الْوِطَاءُ وَالْدُّثْرُ .
وَالْوِطَاءُ : مَا تَوَطَّاتَ بِهِ .

وَالْدُّثْرُ : جَمْعُ الدُّثَارِ ، وَهُوَ كُلُّ مَا تَدَثَّرَ بِهِ الْإِنْسَانُ فَوْقَ الشَّعَارِ . كَذَا فِي « مَجْمَلِ الْلُغَةِ » ^(٢) .

قَالَ فِي « الشَّامِلِ » فِي قِسْمِ « الْمَبْسُوطِ » : « اسْتَأْجَرَ بَعِيرَيْنِ إِلَى مَكَّةَ ، يَحْمِلُ عَلَى أَحَدِهِمَا مَحْمِلًا فِيهِ رَجُلَانِ ، وَمَا لُهُمَا مِنَ الْوِطَاءِ وَالْدُّثْرِ ، فَرَأَاهُمَا وَلَمْ يَرِ الْوِطَاءَ ، وَعَلَى الْآخَرِ زَامِلَةٌ ^(٣) عَلَيْهِ كَذَا مَخْتُومًا مِنَ السُّوَيْقِ ، وَمَا يَكْفِي مِنَ الْمَاءِ ،

(١) ينظر : « المغرب في ترتيب المغرب » للمُطَرِّزِيِّ [٢٢٦/١] .

(٢) ينظر : « مجمل اللغة » لابن فارس [ص/٣٤٦] .

(٣) يقال : زَمَلْتُ الشَّيْءَ ؛ إِذَا حَمَلْتُهُ ، وَمِنْهُ قِيلَ لِلْبَعِيرِ : زَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ مَتَاعَ الْمَسَافِرِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ

قَالَ: وَإِنْ شَاهَدَ الْجَمَّالُ الْحِمْلَ فَهُوَ أَجُوبٌ^(١)؛ لِأَنَّهُ أَنْفَى لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَى تَحَقُّقِ الرِّضَا.

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ، فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ؛ جَازَ أَنْ يَزِيدَ عَوَضَ مَا أَكَلَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلًا مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ

﴿ هَايَةِ الْبَيَان ﴾

وَلَمْ يُبَيِّنْ قَدْرَهُ، وَمَا يَصْلُحُ مِنَ الْخَلِّ وَالزَّيْتِ وَالْمَعَالِيقِ^(٢)، وَلَمْ يُبَيِّنْ وَزَنَهُ، أَوْ شَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ مَكَّةَ مِنْ هَدَايَا مَكَّةَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ؛ فَهُوَ فَاسِدٌ قِيَاسًا لَجَهَالَةِ الْحِمْلِ؛ وَجَازَ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ التَّعَامَلَ جَرَى بِهِ، وَيَحْمِلُ قَرَبَتَيْنِ مِنْ مَاءٍ وَإِدَاوَتَيْنِ مِنْ أَعْظَمَ مَا يَكُونُ. كَذَا فِي «الشَّامِلِ».

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ، فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ؛ جَازَ أَنْ يَزِيدَ عَوَضَ مَا أَكَلَ)، كَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣).

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: لَا يَسْتَبْدَلُ^(٤). كَذَا فِي «شَرْحِ الْأَقْطَعِ»^(٥)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلُ قَدْرٍ مَعْلُومٍ مِنَ الزَّادِ، فَإِذَا انْتَقَصَ؛ كَانَ لَهُ رَدُّ بَدَلِهِ، كَالْمَتَاعِ إِذَا سُْرِقَ، وَالْمَاءُ إِذَا شُرِبَ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ)، يَعْْنِي: إِذَا شَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ قَدْرًا مَعْلُومًا مِنَ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ فِي غَيْرِ الزَّادِ، فَانْتَقَصَ ذَلِكَ؛ فَلَهُ أَنْ يَزِيدَ عَوَضَ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ.....

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «لَاخ: أَجُوز».

(٢) الْمَعَالِيقُ: مَا يُعْلَقُ عَلَيْهِ اللَّحْمُ وَغَيْرُهُ، وَيُقَالُ أَيْضًا لِمَا يُعْلَقُ عَلَى الزَّامِلَةِ مِنَ الْقِرْبَةِ. وَالْمِطْهَرَةُ وَالْقُمْقُمُ مَعَالِيقٌ أَيْضًا.

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٤) يَنْظُرُ: «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» لِلْمَاورِدِيِّ [٤١٧/٧].

(٥) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» لِلْأَقْطَعِ [ق/٣٠٨] مَخْطُوطُ مَكْتَبَةِ فَيْضِ اللَّهِ.

الْبَعْضِ^(١) كَرَدَ الْمَاءِ فَلَا مَانِعَ مِنَ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

الْبَعْضِ كَرَدَ الْمَاءِ) ، هذا جوابُ سؤالٍ قيلَ من [١/٣٥٧/٢م] جهةِ الخصمِ بأنْ يُقَالَ: مُطْلَقُ الْعَقْدِ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ كَنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَالْعَادَةُ أَنَّهُمْ يَأْكُلُونَ وَلَا يَرُدُّونَ بَدَلَهُ ، وَيَشْرَبُونَ الْمَاءَ وَيَرُدُّونَ بَدَلَهُ ، فَيُحْمَلُ الْعَقْدُ عَلَى الْمُتَعَارَفِ .

فأجاب عنه وقال: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعَادَةَ فِي الْأَكْلِ كَذَلِكَ ، بَلِ الْعَادَةُ مُنْقَسِمَةٌ قَدْ يَرُدُّ بَعْضُ النَّاسِ ، وَقَدْ لَا يَرُدُّ بَعْضُ النَّاسِ ، وَالْعُرْفُ الْمَشْتَرِكُ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا ، فَلَمْ يَصَحَّ الرُّجُوعُ إِلَى الْعَادَةِ ، بَلْ وَجَبَ الْعَمَلُ بِالْإِطْلَاقِ ، وَهُوَ أَنَّهُمَا أُطْلِقَا الْعَقْدَ عَلَى حَمْلِ قَدَرٍ مَعْلُومٍ مَسَافَةً مَعْلُومَةً ، وَلَمْ يُقَيَّدَا بِعَدَمِ رَدِّ قَدَرٍ مَا يَنْقُصُ مِنَ الْمَحْمُولِ ، فَمَّا كَانَ الْوَاجِبُ حَمْلَ قَدَرٍ [٢/٥٢٩/٢ظ] مَعْلُومٍ بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ ، وَجَبَ قَدَرُ رَدِّ النَّاقِصِ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ ؛ إِذْ لَا مَانِعَ مِنَ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ .

وقال في كتابِ الإِجَارَاتِ مِنَ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ اكْتَرَى مِنْ رَجُلٍ إِبِلًا بِغَيْرِ أَعْيَانِهَا إِلَى مَكَّةَ ، وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالْحُمْلَانِ ، قَالَ: جَائِزٌ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهَمَا شَاءَ بِالْحُمْلَانِ»^(٢) .

وَلَمْ يَذْكُرْهَا صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» فِي كِتَابِ الإِجَارَاتِ اعْتِمَادًا عَلَى مَا ذَكَرَ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ فِي كِتَابِ الْكِفَالَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ: «وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ: فَإِنْ كَانَتْ بَعَيْنِهَا لَمْ تَصَحَّ الْكِفَالَةُ بِالْحَمْلِ»^(٣) .

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رحمته الله: «وَالْمُرَادُ بِالْحُمْلَانِ: الْحَمْلُ وَضَمَانُ الْعَمَلِ ، وَهُوَ الْحَمْلُ إِنَّمَا يَصَحُّ إِذَا كَانَتْ الْإِبِلُ بِغَيْرِ أَعْيَانِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنَ الْكَفِيلِ ، فَإِذَا كَانَتْ بِأَعْيَانِهَا لَمْ يُمَكِّنْ اسْتِيفَاءَ حَمْلِهَا مِنْ غَيْرِهَا ، فَبَطَلَتْ الْكِفَالَةُ ،

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: النَقْضُ» .

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٥١] .

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١١٩] .

هذا إذا كفل بالحمل .

فإن كفل بنفس الإبل ؛ جازت الكفالة ويؤخذ به ؛ لأن تسليم الإبل بحكم العقد صار مُستحقاً على المؤاجر ، والتسليم مما يجري فيه النيابة ، فتصح الكفالة ، بمنزلة الكفالة بنفس الرجل ، بخلاف الكفالة بالحمل ؛ لأن الإبل إذا كانت مُعينة لا يقدر على إيفاء الحمل ، وكذا إذا استأجر عبداً للخدمة ، فكفل رجل بخدمته ؛ لا يجوز ، وإن كفل بنفس العبد جاز ؛ لما قلنا .

ولم يذكر صاحب «الهداية» ﷺ مؤنة رد العين المُستأجرة هنا ؛ اعتماداً على ما ذكره في «كتاب العارية» من مسألة القدوري ﷺ بقوله : «وأجرة رد العارية على المُستعير ، وأجرة رد العين المُستأجرة على المؤاجر ، وأجرة رد العين المَغصوبة على الغاصب»^(١) .

وقال في «الجامع الصغير» : «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة ﷺ : في الرجل يستأجر من الرجل الرّحى ، فيحملها فتنقضي الإجارة ، قال : على المؤاجر أن يجيء فيأخذها ، وإن كانت عارية : فعلى المُستعير ردّها»^(٢) ، وذلك لأن الردّ نقض القبض ، فيكون [م/٣٥٨/٦] على من وقع له القبض ، ومنفعة القبض في الإجارة تعود إلى المؤاجر ؛ لأنّ حقّه يتأكّد في العين ، وهو الأجرة ، وحقّ المُستأجر يتأكّد في المنفعة ، والمنفعة ليست بعين ، فكانت منفعة المؤاجر أكثر ، وفي باب الإعارة المنفعة تعود إلى المُستعير ، فكان مؤنة الردّ عليه ، والباقي مرّ في العارية ، والله أعلم .

(١) ينظر : المصدر السابق [ص/١٣٣] .

(٢) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٠] .

كِتَابُ الْمُكَاتِبِ

هَاجِدَةُ الْبَهَانِ

كِتَابُ الْمُكَاتِبِ

ذَكَرُ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ عَقِيبَ كِتَابِ الْعَتَاقِ كَانَ أَنْسَبَ، وَلِهَذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ
نَشِيدُ فِي «الْكَافِي»^(١) كِتَابَ الْمُكَاتِبِ وَكِتَابَ الْوَلَاءِ عَقِيبَ كِتَابِ الْعَتَاقِ؛ لِأَنَّ
كِتَابَةَ مَاكُهَا الْعَتَقُ بِمَالٍ، وَالْوَلَاءُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْعَتَقِ أَيْضًا.

وَقِيلَ فِي وَجْهِهِ مَنَاسِبَةٌ إِيْرَادِ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ بَعْدَ كِتَابِ الْإِجَارَةِ: إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنَ الْإِجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ عَقْدٌ يُسْتَفَادُ بِهِ الْمَالُ بِمُقَابَلَةٍ مَا لَيْسَ بِمَالٍ، عَلَى وَجْهِهِ مَا يَحْتَاجُ
فِيهِ إِلَى ذِكْرِ الْعَوَضِ بِالْإِجَابِ، وَالْقَبُولِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ.

وَقَوْلُنَا: «بِمُقَابَلَةٍ مَا لَيْسَ بِمَالٍ»، احْتِرَازٌ عَنِ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ.

وَقَوْلُنَا: «بَطَرِيقِ الْأَصَالَةِ»، احْتِرَازٌ عَنِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّ
الْعَوَضَ لَيْسَ بِأَصْلٍ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ يَصَحُّ بِلَا تَسْمِيَةِ
الْمَالِ.

ثُمَّ الْكِتَابَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مَدْرُوبٌ إِلَيْهِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَعَلَيْهِ عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ،
وَهُوَ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا وَمَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٢)، وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَرُويَ
عَنْهُ: أَنَّهُ وَاجِبٌ^(٣)، وَهُوَ مَذْهَبُ دَاوُدَ الْأَصْفَهَانِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٤).

(١) ينظر: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٣].

(٢) ينظر: «الْكَافِي» فِي فِقْهِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ لِابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ [٢/٩٨٧]، وَ«التَّاجُ وَالْإِكْلِيلُ لِمَخْتَصِرِ خَلِيلٍ»
لِلْمَوَاقِ [٨/٤٧٩]، وَ«شَرْحُ مَخْتَصَرِ خَلِيلٍ» لِلخُرَشِيِّ [٨/١٣٩].

(٣) الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَبِهِ قَطَعَ جَمَاهِيرُ الشَّافِعِيَّةِ. ينظر: «الْوَسِيطُ فِي الْمَذْهَبِ» لِلغَزَالِيِّ [٧/٥٠٨].
وَ«التَّنْبِيْهُ فِي الْفِقْهِ الشَّافِعِيِّ» لِلشِّيرَازِيِّ [ص/١٤٦]. وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» لِلنَّوَوِيِّ [١٢/٢٠٩].

(٤) ينظر: «الْمَحَلَّى» لِابْنِ حَزْمٍ [٩/٢٢٤].

• هاية البيان •

والدليل على جوازها ومشروعيتها: الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقولُه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] [٥٣٠/٢].

والكتاب والمُكَاتَبَةُ: كالعِتَابِ والمُعَاتَبَةِ، ومعناه: أن يقول المولى لعبده: كاتبتك على ألف درهم، أو كاتبتك بألف درهم، فيقول العبد: قبلت.

وإنما سُمِّيَ العقد كِتَابَةً؛ لِمَا يُكْتَبُ فِيهِ مِنَ الْكِتَابِ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى الْمَوْلَى لِلْعَبْدِ، وَلَمْ يُسَمَّ بِهَذَا الْاسْمِ سَائِرُ الْعُقُودِ، وَإِنْ كَانَ يُوجَدُ فِيهَا مَعْنَى الْكِتَابَةِ؛ لِثَلَا تَبْطُلَ التَّسْمِيَةُ كَالْقَارُورَةِ، سُمِّيَتْ بِهَذَا الْاسْمِ؛ لِقَرَارِ الْمَانِعِ فِيهَا، وَلَا يُسَمَّى الْكُوزُ وَنَحْوَهُ قَارُورَةً، وَإِنْ كَانَ يُقَرَّرُ الْمَانِعُ فِيهَا؛ لِثَلَا تَبْطُلَ الْأَعْلَامُ.

وأما السُّنَّةُ: فَهِيَ أَنَّ بَرِيرَةَ كَانَتْ مُكَاتَبَةً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ يَعْرِفُ ذَلِكَ وَلَا يُنْكِرُهُ.

وقد حَدَّثَ الْبُخَارِيُّ رحمه الله في «الصحیح» قَالَ: حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ، قَالَ: حَدَّثَنَا اللَّيْثُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، أَنَّ عَائِشَةَ رضي الله عنها أَخْبَرَتْهُ [٣٥٨/٦] م: أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُهَا فِي كِتَابَتِهَا، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِهَا شَيْئًا، قَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ: ارْجِعِي إِلَى أَهْلِكَ، فَإِنْ أَحْبَبُوا أَنْ أَقْضِيَ عَنْكَ كِتَابَتَكَ وَيَكُونَ وَلَاؤُكَ لِي فَعَلْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ بَرِيرَةَ لِأَهْلِهَا، فَأَبَوْا، وَقَالُوا: إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَحْتَسِبَ عَلَيْكَ، فَلْتَفْعَلْ وَيَكُونَ لَنَا وَلَاؤُكَ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ابْتَاعِي، فَأَعْتِقِي، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، قَالَتْ: ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: «مَا بَالُ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ

•••••
 نهاية البيان •••

فليس له، وَإِنْ شَرَطَ مِنْهُ شَرْطٌ، شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ»^(١).

وقد رَوَى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمته الله في «المجرد»: عن إبراهيم عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه كان يقول: «المُكَاتَبُ، عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»^(٢).

وأما الإجماع: فَإِنَّ الْأُمَّةَ مُجْمَعُونَ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ فِي كُلِّ عَصْرِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ.

ثُمَّ عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ رحمهم الله عَلَى أَنَّهُ مَدْرُوبٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّهُ وَاجِبٌ إِذَا عَلِمَ خَيْرٌ فِي الْعَبْدِ اسْتِدْلَالًا بِمَا قَالَ الْبُخَارِيُّ رحمته الله فِي «الصَّحِيحِ»: قَالَ رَوْحٌ: عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ، قُلْتُ لِعَطَاءٍ: «أَوْاجِبُ عَلَيَّ إِذَا عَلِمْتُ لَهُ مَالًا، أَنْ أَكَاتِبَهُ؟» قَالَ: «مَا أَرَاهُ إِلَّا وَاجِبًا»، وَقَالَ عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ: قُلْتُ لِعَطَاءٍ: تَأْتُرُ عَنْ أَحَدٍ؟ قَالَ: «لَا»، ثُمَّ أَخْبَرَنِي: أَنَّ مُوسَى بْنَ أَنَسٍ أَخْبَرَ: أَنَّ سِيرِينَ، سَأَلَ أَنَسًا: الْمُكَاتِبَةُ - وَكَانَ كَثِيرَ الْمَالِ - فَأَبَى، فَأَنْطَلَقَ إِلَيَّ عُمَرُ، فَقَالَ: «كَاتِبَتُهُ»، فَأَبَى، فَضَرَبَهُ بِالْدَّرَّةِ، وَيَتَلَوُ عُمَرُ: ﴿فَكَاتَبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، فَكَاتِبَتُهُ»^(٣).

وَقَالَ فِي «الْكَشَافِ»: «وَعَنْ عُمَرَ^(٤): «هِيَ عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ اللَّهِ تَعَالَى».

وَعَنْ ابْنِ سِيرِينَ رضي الله عنه مِثْلُهُ، وَهُوَ مَذْهَبُ دَاوُدَ^(٥). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْكَشَافِ».

(١) مضمّن تخريجه.

(٢) علقه البخاري في كتاب العتق/ باب بيع المكاتب إذا رضي [٩٠٤/٢]. ووصله الشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [٢٠٦/١]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٧١٧]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٦٦]، عن زيد بن ثابت رضي الله عنه به.

(٣) علقه: البخاري في كتاب العتق/ باب إثم من قذف مملوكه وباب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم [٩٠٢/٢].

(٤) وقع بالأصل: «ابن عُمَرَ رضي الله عنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لما وقع في: «الکشاف».

(٥) ينظر: «الکشاف» للزمخشري [٢٣٨/٣].

غاية البيان

والدليل على النذب: أَنَّ الله تعالى أمر على وجه النذب والإرشاد؛ بدليل قوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، ولا يُحْمَلُ على الإيجاب بالشك، ولأنَّه عقدُ مُعَاوَضَةٍ، فَلَا يَتَصِفُ بكونه واجباً قياساً على سائر المُعَاوَضَاتِ.

والفقه فيه: أَنَّ الرضا بزوال المعقود عليه عن المِلْكِ شرطٌ بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فلو وَجَبَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ؛ لَانْعَدَمَ الْمِلْكُ بِلَا رِضَا، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَلَا حُجَّةٌ لَهُمْ بِالْآيَةِ؛ لِأَنَّ الْخَيْرَ مَحْمَلٌ، يَحْتَمِلُ الصَّلَاحَ فِي الدِّينِ، وَيَحْتَمِلُ النِّفْعَ لِلسَّيِّدِ، أَوْ لِلْعَبْدِ، فَلَا يَصِحُّ احْتِجَاجُهُمْ مَعَ الْإِحْتِمَالِ.

وَرُويَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عليه السلام: أَنَّ الْأَمْرَ لِلِإِبَاحَةِ، وَفِيهِ إِبْغَاءُ الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ فِي الْآيَةِ؛ لِأَنَّ الْإِبَاحَةَ ثَابِتَةٌ [٣٥٩/٦ م] بِدُونِ الشَّرْطِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْلِيلِ.

ثُمَّ اَعْلَمْ: أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَجُوزُ قِيَاسًا لِمَا فِيهَا مِنْ إِثْبَاتِ الدِّينِ لِلْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ، وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا، وَلَكِنْ جُوزَتْ اسْتِحْسَانًا؛ بِدَلِيلِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَاجْمَاعِ الْأُمَّةِ.

[٥٣٠/٢ ط] ثُمَّ قَالَ بَعْضُهُمْ: الْمُرَادُ مِنَ الْخَيْرِ الْمَذْكُورِ: إِقَامَةُ الصَّلَوَاتِ الْخَمْسِ، وَأَدَاءُ الْفَرَائِضِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَلَّا يُضِرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعَتَقِ، فَإِنْ كَانَ يُضِرُّ؛ فَلَا فَضْلَ أَلَّا يُكَاتِبَهُ، وَلَكِنْ لَوْ فَعَلَ - مَعَ ذَلِكَ - جَازَ؛ لِأَنَّ الْجَوَازَ لَيْسَ بِمَوْقُوفٍ عَلَى الشَّرْطِ.

وقيل: إِنْ عَلِمْتُمْ أَنَّ فِيهِمْ أَدَاءً، أَيْ: قُدْرَةً عَلَى الْأَدَاءِ. رَوَاهُ كَذَلِكَ مُحَمَّدٌ عليه السلام فِي «الْأَثَارِ» ^(١) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ حَمَادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عليه السلام.

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٥٧٩/٢].

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ، أَوْ أَمَتُهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ؛ صَارَ مُكَاتَبًا أَمَّا الْجَوَازُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَهَذَا لَيْسَ أَمْرٌ إِيْجَابِيٌّ بِإِجْمَاعِ بَيْنِ الْفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ نَذْبِي هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الْحَمْلِ عَلَى الْإِبَاحَةِ إلْغَاءُ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّذْبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا قِيلَ: أَلَّا يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَلَا فَضْلَ أَلَّا يُكَاتِبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ الْعَبْدِ فَلِأَنَّهُ مَالٌ يَلْزَمُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْتِزَامِهِ وَلَا يَغْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ الْبَدَلِ؛

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ، أَوْ أَمَتُهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ؛ صَارَ مُكَاتَبًا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

أَمَّا جَوَازُ الْكِتَابِ وَالِاخْتِلَافُ فِي كَوْنِهَا مَنُودِيَّةً أَوْ مُبَاحَةً أَوْ وَاجِبَةً: فَقَدْ مَرَّ بَيَانُهَا. وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ الْعَبْدِ: فَلَأَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَرْضَ أَنْ يَخْرُجَ الْعَبْدُ عَنْ مِلْكِهِ بِلَا مَالٍ يَلْزَمُ الْعَبْدَ، وَمَا كَانَ لَازِمًا عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّزَامِهِ، فَتَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهِ لِهَذَا.

قَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ نَذْبِي هُوَ الصَّحِيحُ)، هَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ: إِنَّ الْأَمْرَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾، لِلْجَوَابِ أَوْ لِلْإِبَاحَةِ، وَقَدْ مَرَّ قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا قِيلَ: أَلَّا^(٢) يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ)، وَإِنَّمَا قِيلَ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا قِيلَ: إِنْ شَاءَ إِلَى أَنْ فِيهِ اخْتِلَافًا، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَغْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ الْبَدَلِ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله،

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «أنه لا». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «و»، «غ»، «س».

هـاية البيان

وقد اختلفوا في أن المكاتب متى يعتق؟

قال صدر الإسلام عليه السلام في «شرح الكافي»: قال علي عليه السلام: «يعتق بقدر ما أدى»^(١).

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «يعتق إذا أدى قدر قيمته، والباقي دين عليه».

وقال ابن عباس: «يعتق كما كُتِبَ، وأخذ الكتاب من المولى».

وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: «لا يعتق ما لم يؤدَّ جميع بدل الكتابة»^(٢).

وقول ابن عمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهن مثل قول زيد. كذا في «شرح الأقطع»^(٣).

وقال في «شرح الأقطع» أيضاً: وعن ابن عمر رضي الله عنهما: إذا أدى النصف عتق^(٤).

وقال محمد رضي الله عنه في كتاب «الآثار»: «وقول زيد أحب إلينا وإلى أبي حنيفة رضي الله عنه في المكاتب من قول علي عليه السلام وعبد الله رضي الله عنه»^(٥).

ثم قال في «الآثار»: وقال أبو حنيفة - وهو قول عائشة رضي الله عنها [٣٥٩/٦ م] فيما بلغنا - وبه نأخذ^(٥).

دليلنا: ما روى محمد رضي الله عنه في «الأصل»^(٦): عن عمرو بن شعيب، عن أبيه،

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٧٣٤]، عن علي عليه السلام به.

(٢) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٥٧٨/٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٣١/٢ ق].

(٤) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٥٧٨/٢].

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٢٠٣/٥ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَائِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ»
وَقَالَ ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضَوَانُ
اللَّهِ عَلَيْهِمْ، وَمَا اخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﷺ.....

غاية البيان

عَنْ جَدِّهِ ﷺ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مِئَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهُ إِلَّا
عَشْرَ أَوَاقٍ؛ فَهُوَ رَقِيقٌ»^(١).

وَقَوْلُهُ^(٢) (وَقَالَ ﷺ): «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»^(٣)): مِنْ كَلَامِ زَيْدِ
بْنِ ثَابِتٍ عَلَى مَا رَوَى الْحَسَنُ^(٤)، وَقَدْ رَوَيْنَاهُ عَنْ «الْمَجْرَدِ» قَبْلَ هَذَا.

وَلَكِنْ رَوَى الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الآثار» وَقَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ
أَبِي دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنَا الْخَطَّابُ بْنُ عُثْمَانَ، قَالَ: حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ
سُلَيْمَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ»^(٥).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا فِيهِ: عَنْ عَلِيِّ بْنِ شَيْبَةَ عَنْ يَزِيدَ بْنِ هَارُونَ، عَنْ سَعِيدِ

(١) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ/ بَابُ فِي الْمَكَاتِبِ يُوْدِي بَعْضُ كِتَابَتِهِ فَيَعْجِزُ أَوْ يَمُوتُ
[رَقْم/٣٩٢٧]، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ/ بَابُ مَا جَاءَ فِي الْمَكَاتِبِ إِذَا كَانَ عَنْده مَا يُوْدِي
[رَقْم/١٢٦٠]، وَابْنُ مَاجَهَ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ/ بَابُ الْمَكَاتِبِ [رَقْم/٢٥١٩]، وَالنَّسَائِيُّ فِي «السُّنَنِ
الْكُبْرَى» فِي ذِكْرِ الْمَكَاتِبِ يُوْدِي بَعْضُ كِتَابَتِهِ [رَقْم/٥٠٢٥]، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ
جَدِّهِ ﷺ بِهِ نَحْوَهُ.

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ». وَقَالَ ابْنُ كَثِيرٍ: «رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ، وَاهْلُ السُّنَنِ مِنْ حَدِيثِ
جَمَاعَةٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَهُوَ صَحِيحٌ عَنْهُ». يَنْظُرُ: «إِرْشَادُ الْفَقِيهِ إِلَى مَعْرِفَةِ أَدْلَةِ التَّنْبِيهِ» لِابْنِ
كَثِيرٍ [١١٧/٢].

(٢) يَعْنِي: قَوْلُ صَاحِبِ: «الْهُدَايَةِ».

(٣) مَضَى تَخْرِيجُهُ.

(٤) يَعْنِي: الْحَسَنُ بْنُ زِيَادِ اللَّؤْلُؤِيِّ.

(٥) مَضَى تَخْرِيجُهُ.

• هاية البيان •

بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ مَعْبِدِ الْجُهَنِيِّ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»^(١).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَمْرِو بْنِ مَيْمُونٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: «اسْتَأْذَنْتُ عَلَى عَائِشَةَ رضي الله عنها، فَقَالَتْ: كَمْ بَقِيَ عَلَيْكَ فِي كِتَابَتِكَ؟ قُلْتُ: عَشْرُ أَوَاقٍ [٥٣١/٢]، فَقَالَتْ: ادْخُلْ، فَإِنَّكَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْكَ شَيْءٌ»^(١).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي مَعْشَرٍ - وَهُوَ السَّنْدِيُّ^(٢) -، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَتْ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ»^(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا: عَنْ يُونُسَ، عَنْ ابْنِ وَهْبٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَمَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ»^(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا: بِإِسْنَادِهِ إِلَى مُجَاهِدٍ، قَالَ: كَانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَقُولُ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ»^(٣).

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِي «شرح الآثار»^(٤) سؤالا وجوابا فقال: فَإِنْ قِيلَ: لِمَ لَا تَكُونُ الْكِتَابَةُ مِثْلَ الْعَتَاقِ عَلَى مَالٍ، وَقَدْ رَأَيْنَا الْمُعْتَقَ عَلَى مَالٍ يَغْتَقُ قَبْلَ أَدَاءِ الْمَالِ، وَالْكِتَابَةُ: هُوَ عَتَاقٌ عَلَى مَالٍ؟

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١١١/٣]، بهذا الإسناد به.

(٢) وقع بالأصل وسائر النسخ: «السُّدِّيُّ»! وهو غلطٌ ظاهر، وصوابه: «السَّنْدِيُّ»، وهو نجيع بن عبد الرحمن السَّنْدِيُّ أبو معشر المدني. ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٤٥٧/٣].

(٣) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١١٢/٣]، بهذا الإسناد به.

(٤) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [١١٢/٣].

وَمِنْهُ: وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدْبَتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ
ثَبَتَ بِرَ غَيْرِ تَضَرُّعٍ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ،

عامة المسائل

فَبِمَا: نِيسَ الْكِتَابَةُ عَقَاقًا، وَإِنْ كَانَ عَقَاقًا عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا: أَنَّ
مَعْنَى عَمَى مَالٍ يَغْتَوُّ بِتَقْبُولٍ، وَفِي الْمُكَاتَبِ لَا يَغْتَوُّ بِنَفْسِ الْكِتَابَةِ، وَإِنَّمَا يَغْتَوُّ
بِمَا شَرَى بِهِ أَدَى. وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ، فَثَبَتَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الْعَقَاقِ عَلَى مَالٍ،
بَلْ يَفِيدُ يَسْرًا عَلَى هَذَا الَّذِي ذَهَبْنَا إِلَيْهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِذَا صَحَّ وَوَقَعَ لَمْ يَكُنْ
مُسْتَشْرِي عَمَى السَّلْعَةِ يَدًا، وَلَا سَبِيلًا إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ.

وَأَنَّ أَدَى بَعْضِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ السَّلْعَةِ بِحِصَّتِهِ، وَكَذَا الرَّهْنُ
بِمَا صَحَّ لَمْ يَكُنْ لِلرَّاهِنِ إِذَا أَدَى بَعْضَ الدَّيْنِ [١] أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الرَّهْنِ بِحِصَّتِهِ
حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ أَوْجَبَ حَقًّا لِلْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي أَلَّا يَلْزَمَهُ
نِسْبَةُ السَّلْعَةِ إِلَّا بِاسْتِيفَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ التَّسْلِيمُ بِالْعَقْدِ مَا كَانَ يُنْتَظَرُ
أَدَاءُ بَعْضِ الثَّمَنِ وَلَا كُلُّهُ.

فَكَذَلِكَ فِي الْمُكَاتَبِ لَوْ وَجَبَ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ تَسْلِيمُ الرَّقَبَةِ إِلَى الْمُكَاتَبِ
بِحُرُوجِهِ مِنْ مِلْكِهِ إِلَى الْمُكَاتَبِ؛ لَمَا انْتَهَزَ أَدَاءُ بَعْضِ الْكِتَابَةِ وَلَا كُلُّهُ، وَحَيْثُ
يَحْتَاجُ الْإِنْتِظَارُ لَمْ يَغْتَوِّ إِلَّا بِأَدَاءِ الْكُلِّ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: (وَيَغْتَوُّ بِأَدَائِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدْبَتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا
عَنِ مَسْأَلَةِ الْقُلُورِيِّ رحمته الله.

قَالَ الْحَاكِمُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» [المُسَمَّى بِ«الْكَافِي»] ^(١): «وَيَغْتَوُّ بِأَدَائِهِ إِنْ
كَانَ قَالَ: إِذَا أَدْبَتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ لَمْ يَقُلْهُ» ^(٢).

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «د»، «س».

(٢) ينظر: «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١٠٣/ق].

نهاية البيان

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمته الله في «شرح الكافي»: «وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمته الله: لا بُدَّ أن يقول ذلك حتى يعتق بالأداء^(١).

وإننا نقول: موجب الكتابة صيرورة المكاتب أحق بأكسابه ليصل إلى العتق في الثاني عند الأداء، فإذا أدى ثبت العتق، نص عليه أو لم ينص؛ لأنه غرض العقد، وهذا لأن موجبات الأشياء ثبتت من غير تنصيص على الموجب، كما في البيع إذا صحَّ ووقع بلا خيارٍ ثبتَّ موجبُه، وهو خروج المِلْك من البائع إلى المشتري، وإن لم يوجد التنصيص على الخروج.

والحاصل: أنه إذا قال لعبده: كاتبك على ألف درهم على أن تؤدي إليَّ كلَّ شهرٍ كذا، على أنك إذا أديت فأنت حرٌّ، وكذا إذا قال: إذا أديت إليَّ ألف درهم كلَّ شهرٍ منه كذا فأنت حرٌّ، فإنه يكون كتابةً؛ لأنَّ معنى الكتابة ليس إلاَّ إعتاق على مالٍ مؤجلٍ منجمٍ بنجومٍ معلومةٍ، ولكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة؛ لأنه عقدٌ معاوضةٌ، فلا بُدَّ من الإيجاب والقبول.

وكذلك لو قال: كاتبك على ألف درهم ونجمه، وسمي النجوم، وقبل العبد؛ فإنه يكون كتابةً، وإن لم يعلّق العتق بالأداء، ولم يقل: على أنك إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ؛ لأنه عقدٌ معاوضةٌ، فيعتق بحكم المعاوضة، لا بحكم الشرط.

وعلى قول الشافعي رحمته الله: لا بُدَّ من التعليق بشرط الأداء، ولو [٥٣١/٢] قال لعبده: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ، وإذا أديت إليَّ قيمتك فأنت حرٌّ، فأداه يعتق؛ لأنَّ العتق مُعلّق بالأداء، فقد وجد شرطه.

قال الكرخي: ولا يكون هذا كتابةً، وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه، حتى

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٣٧٥/٩]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٠٦/٨].

وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْبَدَلِ ؛ اِعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ .

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

إِنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِالْبَدَلِ ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ ^(١) - أَيِ : يَصِيرُ الْمَوْلَى قَاضِيًا لَهُ بِالتَّخْلِيَةِ ، كَمَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْمَوْلَى اسْتِحْسَانًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرٍ رحمته الله .

وَبَيَانُ التَّفَرُّقَةِ [٢٦٠/٦م] بَيْنَ التَّعْلِيْقِ وَبَيْنَ الْكِتَابَةِ فِي مَسَائِلَ : فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ هُنَا قَبْلَ الْأَدَاءِ ، وَتَرَكَ مَالًا ؛ فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْمَوْلَى ، وَلَا يُؤَدَّى عَنْهُ فَيُعْتَقُ ، خِلَافَ الْكِتَابَةِ ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَوْلَى وَفِي يَدِ الْعَبْدِ كَسْبٌ ، فَالْعَبْدُ رَقِيقٌ يُورَثُ عَنْهُ مَعَ أَكْسَابِهِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ .

وَلَوْ كَانَتْ هَذِهِ أُمَّةً فَوُلِدَتْ ، ثُمَّ أَدَّتْ لَمْ يَعْتَقْ وَلِذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا وُلِدَتْ ثُمَّ أَدَّتْ فَعَتَقَتْ بَعْتَقَ وَلِذَلِكَ ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِلْمَوْلَى : حُطَّ عَنِّي مِئَةٌ ، فَحَطَّ الْمَوْلَى عَنْهُ ، فَأَدَّى تِسْعَ مِئَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ ، وَلَوْ أBRَأَ الْمَوْلَى عَنِ الْأَلْفِ الْعَبْدَ لَمْ يَعْتَقْ ، وَلَوْ أBRَأَ الْمُكَاتَبَ عَنْ بَدْلِ الْكِتَابَةِ يَعْتَقُ ، وَلَوْ بَاعَ هَذَا الْعَبْدَ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ وَأَدَّى إِلَيْهِ ؛ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الزِّيَادَاتِ» : لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا عَتَقَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ رُدَّ إِلَيْهِ بِخِيَارٍ أَوْ عَيْبٍ ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ : فَهُوَ خِلَافُ الْكِتَابَةِ ، وَخِلَافُ تَعْلِيْقِ الْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَقَبِلَ الْعَبْدُ ؛ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ سَاعَتِهِ ، وَيَكُونُ الْبَدْلُ وَاجِبًا فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ ، فَدَعَى قَبْلَ يَزُولِ الْمُعَوَّضُ عَنْ صَاحِبِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى قِيَمَةِ رَقَبَتِكَ ، وَقَبِلَ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ . كَذَا فِي «التَّحْفَةِ» ^(٢) وَغَيْرِهَا .

قَوْلُهُ : (وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْبَدَلِ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيْعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله .

قَالَ فِي «إِشَارَاتِ الْأَسْرَارِ» : حَطُّ شَيْءٍ مِنْ بَدْلِ الْكِتَابَةِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عِنْدَنَا ،

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «عَلَى قَوْلِهِ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) يَنْظُرُ : «تَحْفَةُ الْفُقَهَاء» لِعَلَاءِ الدِّينِ السَّمُرْقَنْدِيِّ [٢٨٥/٢] .

﴿ شأية البيان ﴾

[وعند الشافعي: واجب] ^(١).

وقال في «وجيزهم»: «يَجِبُ الإِيتَاءُ بِحِطِّ شَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ، أَوْ بِذُلِّ شَيْءٍ» ^(٢). وهذا يدلُّ على أَنَّ الحِطَّ واجبٌ عند الشافعي رحمته الله ولكنه لم يُقدِّرْهُ بشيءٍ. وقال في «المختلف» و«الحَضَر»: «يُحِطُّ رُبْعٌ أَوْ ثُلُثٌ، يُلْزَمُهُ ذَلِكَ عِنْدَهُ، وَعِنْدَنَا: لَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْهُ».

وقال في «الكشاف»: «وعن عليٍّ رحمته الله: يُحِطُّ لَهُ الرُّبْعُ. وعن ابن عَبَّاسٍ رحمته الله: يَرْضَخُ لَهُ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا» ^(٣).

وقال أبو إسحاق الزَّجَّاجُ رحمته الله في «تفسيره»: «ويُرْوَى عَنْ عُمَرَ ^(٤) أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ يُكْنَى: أبا أُمَيَّةَ، وَهُوَ أَوَّلُ عَبْدٍ كُتِبَ فِي الْإِسْلَامِ، فَأَتَاهُ بِأَوَّلِ نَجْمٍ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عُمَرُ، وَقَالَ [لَهُ] ^(٥): اسْتَعِنْ بِهِ عَلَى مُكَاتِبَتِكَ، فَقَالَ: لَوْ أَخَّرْتَهُ إِلَى آخِرِ نَجْمٍ، فَقَالَ: أَخَافُ أَلَّا أُدْرِكَ ذَلِكَ» ^(٦).

له: قوله تعالى: ﴿وَأَنفُكُوا مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

ولنا: قوله رحمته الله: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» ^(٧)، ولأنَّه عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٥٠٠/١٣].

(٣) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٢٣٩/٣].

(٤) وقع بالأصل: «ابن عُمَرَ رحمته الله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وَقَعَ فِي: «معاني القرآن وإعراجه» للزَّجَّاجِ.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وَقَعَ فِي: «معاني القرآن وإعراجه» للزَّجَّاجِ.

(٦) ينظر: «معاني القرآن وإعراجه» للزَّجَّاجِ [٤١/٤].

(٧) مضى تخريجه.

غاية البيان

وَلَا يَزُرُهُ فِيهِ الْحَظُّ كَالْبَيْعِ ، وَلَآئِنَّهُ لَا مَعْنَى لِلْإِجَابِ ثُمَّ الْحَظُّ ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ صَارَ كَرَقِيعٍ عَلَى الْمَاءِ ، وَلَآئِنَّهُ دَيْنٌ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَى صَاحِبِهِ الْحَظُّ كَسَائِرِ الدِّيُونِ .

وَلَا حُجَّةَ لِلخُصْمِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ مَالِ اللَّهِ ﷻ [٢/٣٦١/٦] ، كَمَا لَا يُطْلَقُ عَلَى أَثْمَانِ بَيْعَاتٍ وَأُجْرَةِ الْإِجَارَاتِ ، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ مَالُ اللَّهِ عَلَى أَمْوَالِ الْقُرْبِ ، كَالصَّدَقَاتِ ، وَزَكَاةِ ، وَالْعُشْرِ ، وَخُمْسِ الْغَنِيمَةِ ، فَكَأَنَّهُ تَعَالَى أَمَرَنَا بِإِعْطَاءِ الْمَكَاتِبِينَ مِنْ صَدَاقَتِنَا ؛ لِيَسْتَعِينُوا بِذَلِكَ عَلَى أَدَاءِ الْكِتَابَةِ .

يَدُلُّ عَلَيْهِ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ [البقرة: ١٧٧] ، [التوبة: ٦٠] ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ أَيْضًا : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ ﴾ ؛ لِأَنَّ الْإِيتَاءَ - وَهُوَ الْإِعْطَاءُ - لَا يُسَمَّى [٥٣٢/٢] حَطًّا ، وَإِذَا الْحَظُّ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا فِي الذِّمَّةِ ، وَمَالُ اللَّهِ الَّذِي آتَانَا فِي أَيْدِينَا ، لَا فِي ذِمَّةِ مَكَاتِبِينَ ، فَلَوْ سُلِّمَ أَنَّ الْمُرَادَ فِي الْآيَةِ مِنْ مَالِ اللَّهِ : مَالُ الْكِتَابَةِ ؛ فَيُحْمَلُ الْإِيتَاءُ حِينَئِذٍ عَلَى النَّدْبِ ، لَا عَلَى الْإِجَابِ .

وَالِيهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ» حَيْثُ قَالَ : «إِنَّمَا هُوَ عَلَى النَّدْبِ وَالْحَضْرُ عَلَى الْخَيْرِ لَا عَلَى الْإِجَابِ»^(١) .

يُحَقِّقُهُ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] .

بَيَانُهُ : أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَهَى عَنْ أَكْلِ مَالِ الْغَيْرِ إِلَّا بِتِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ ، وَلَمْ يُوجِدِ الرِّضَا مِنَ الْمَوْلَى بِحَظِّ شَيْءٍ مِنْ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، فَلَا يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَكْلُ ذَلِكَ لِعَدَمِ رِضَا الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ مَا حُطَّ مِنَ الْعَبْدِ كَسْبُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مِلْكُ الْمَوْلَى إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْمَوْلَى

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٨٤] .

قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالُ حَالًا، وَيَجُوزُ مُوجَّلًا وَمُنْجَمًا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ حَالًا غَيْرَ مُوجَّلٍ ١٢٥/١ وَلَا بُدَّ مِنْ تَجْمِينٍ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ قَلِيلٍ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ لِلرَّقِّ، بِخِلَافِ السَّلَامِ عَلَى أَصْلِهِ؛

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

بِذَلِكَ بَلَا إيجابٍ عليه، يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ مِنْهُ.

قَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي «شرح الطحاوي»: «وجائز للمكاتب قبول الصدقات؛ لقوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [البقرة: ١٧٧]، [التوبة: ٦٠]، أَرَادَ بِهِ الْمَكَاتِبِينَ، وَيَحِلُّ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ مِنْهُ قِضَاءً مِنَ الْمَكَاتِبَةِ، وَيَحِلُّ لَهُ تَنَاوُلُهُ بَعْدَ الْعِزِّ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى غَنِيًّا؛ لِأَنَّ الْغَنَى يَخْتَلِفُ حُكْمُهُ بِاخْتِلَافِ الْأَسْبَابِ، وَإِنْ كَانَ الْغَنَى عِنْدَنَا وَاحِدًا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَانَ يَتَصَدَّقُ عَلَى بَرِيرَةَ، وَكَانَتْ تُهْدِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ يَقُولُ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ»^(١)، وَكَانَ يَأْكُلُ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ الْفَقِيرُ إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا جَمَعَهُ مِنَ الصَّدَقَاتِ وَوَارِثُهُ غَنِيًّا؛ يَحِلُّ لَهُ تَنَاوُلُهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالُ حَالًا، وَيَجُوزُ مُوجَّلًا وَمُنْجَمًا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي «مختصره»^(٢).

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ الْحَالَّةُ، وَلَا بُدَّ عِنْدَهُ مِنْ تَجْمِينٍ فَصَاعِدًا. كَذَا فِي «وجيزهم»^(٣).

وَالِاخْتِلَافُ فِي السَّلَامِ عَلَى عَكْسِ هَذَا، فَعِنْدَنَا: لَا يَجُوزُ السَّلَامُ حَالًا، وَعِنْدَهُ: يَجُوزُ^(٤).

(١) مضمّن تخريجِهِ.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِي» [ص ١٧٩].

(٣) ينظر: «الوجيز» مع العزيز شرح الوجيز للغزالي [١٣/٤٤٧].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥/٣٩٥]، و«التهديب في فقه الإمام الشافعي» للبهغوي =

لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمِلِكِ فَكَانَ إِحْتِمَالُ الْقُدْرَةِ ثَابِتًا ، وَقَدْ دَلَّ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا
فَتَبَيَّنَتْ . وَلَنَا : ظَاهِرٌ مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَالْبَدَلُ
مَعْقُودٌ بِهِ فَاشْتَبَهَ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ فِي عَدَمِ إِشْتِرَاطِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ السَّلَمِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَجْهٌ قَوْلُهُ : أَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَا يُفِيدُ مَقْصُودَهُ ، وَكُلُّ عَقْدٍ لَا يُفِيدُ مَقْصُودَهُ ؛ لَا
يَنْعَقِدُ كَالنِّكَاحِ الَّذِي لَا يُفِيدُ حُلَّ الْوِطْءِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكِتَابَةِ هُوَ الْعَتَقُ ،
وَإِذَا كَانَ حَالًا لَا يُفِيدُ الْعَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ لِلْحَالِ بِحُكْمِ الرَّقِّ ،
وَإِنَّمَا يُعَدُّ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ بِوَاسِطَةِ مَدَّةٍ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْكَسْبِ فِيهَا .

فَإِذَا كَانَ عاجزًا عَنِ الْأَدَاءِ لِلْحَالِ ، يَفْسُخُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ الْكِتَابَةَ بِحُكْمِ الْعَجْزِ ،
فَلَا يَكُونُ فِي انْعِقَادِهِ فَائِدَةٌ ، بِخِلَافِ السَّلَمِ الْحَالِ عِنْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ
الْقَابِلَ لِلْسَّلَمِ هُوَ الْحُرُّ ، وَالْحُرُّ قَادِرٌ لِكُونِهِ مَالِكًا لِلْأَشْيَاءِ [٦/٣٦١ م] ، وَالْعَبْدُ لَا
يَخْلِكُ شَيْئًا ، فَكَانَ عاجزًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا ، حَيْثُ يَكُونُ قَادِرًا بِوَاسِطَةِ
الْكَسْبِ ، وَلِأَنَّ الْعَجْزَ إِذَا طَرَأَ عَلَى الْكِتَابَةِ رَفَعَهَا ، فَإِذَا قَارَنَهَا مَنَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ
أَسْهَلُ مِنَ الرِّفْعِ .

وَلَنَا : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور: ٣٣] ، وَقَوْلُهُ
﴿ مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مِثَّةٍ أَوْ قِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا [إِلَيْهِ] ^(١) إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ؛ فَهُوَ
رَقِيقٌ ^(٢) . وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الْآثَارِ ^(٣) .

بَيَانُهُ : أَنَّ النُّصُوصَ الْمَقْتَضِيَةَ لَجَوَازِ الْكِتَابَةِ لَمْ تُشْتَرِطِ الْأَجَلَ ، وَلَا نَجْمَيْنِ
فَصَاعِدًا ، فَكَانَ اشْتِرَاطُ ذَلِكَ فَاسِدًا ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُشْتَرِطُ الْقُدْرَةُ

= [٥٧٠/٣] ، وَ« الْمَهْذَبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ » لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ [٧٧/٢] .

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : « ن » ، وَ« م » ، وَ« ج » ، وَ« غ » ، وَ« س » .

(٢) مَضَى تَخْرِيجُهُ .

(٣) يَنْظُرُ : « الْمَبْسُوط » [٢/٢٥] ، « الْاِخْتِيَار » [٣٥/٤] .

عَلَى أَصْلِنَا؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكِتَابَةِ عَلَى الْمَسَاهَلَةِ فَيُمْهَلُ الْمَوْلَى ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى

غَايَةِ الْبَيَانِ

الْحَقِيقَةِ عَلَى الْبَدَلِ، بَلْ وَهُمْ الْقُدْرَةُ كَافٍ كَمَا فِي سَائِرِ الْعُقُودِ، وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُفْلِسَ الَّذِي لَا يَمْلِكُ دَرَاهِمًا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِينَارٍ؛ جَازَ لَتَوْهُمْ الْقُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِ الْأَلْفِ، وَالْقُدْرَةُ الْمَوْهُومَةُ ثَابِتَةٌ لِلْمُكَاتِبِ^(١) عَلَى أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ لِيُؤَدِّيَهُ، أَوْ يَسْتَوْهَبَهُ، أَوْ يَطْلُبَ الصَّدَقَةَ فَيَأْخُذَهَا فَيُؤَدِّي، فَكَانَ قَادِرًا عَلَى أَدَاءِ الْبَدَلِ.

فَعِلْمٌ: أَنَّ فِي انْعِقَادِ الْعَقْدِ فَائِدَةً.

وَقَوْلُهُ: «إِنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْأَدَاءِ [٥٣٢/٢] لِلْحَالِ»، جَوَابُهُ: أَنَّ الْمَوْلَى يَرْفُقُ بِهِ وَيُمْهَلُ ظَاهِرًا، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ عَنِ الْأَدَاءِ مَعَ إِمْهَالِهِ.

وَقَوْلُهُ: «الْعَجْزُ يَرْفَعُ الْكِتَابَةَ»، قُلْنَا: لَيْسَ كَذَلِكَ عِنْدَنَا، إِنَّمَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِفَسْخِ الْقَاضِي، أَوْ بِالتَّرَاضِي، وَلَمْ يُوجَدْ التَّرَاضِي عَلَى ذَلِكَ، وَالْقَاضِي إِنَّمَا يَفْسُخُهَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي بَقَائِهَا، بِأَنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ، وَهَاهُنَا لَمْ يَتَحَقَّقْ الْعِلْمُ بِذَلِكَ، فَلَا يَفْسُخُهَا.

وَهَذَا بِخِلَافِ السَّلَمِ الْحَالِ عِنْدَنَا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ، وَالْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ مَانِعٌ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ، فَإِذَا كَانَ السَّلَمُ حَالًا؛ كَانَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ عَاجِزًا عَنِ التَّسْلِيمِ لَا مُحَالَةً؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مَقَالِيسَ، فَكَانَ الْقُدْرَةُ الْحَقِيقَةُ عَلَى الْأَدَاءِ شَرْطًا، فَلِهَذَا اشْتُرِطَ التَّاجِيلُ.

ثُمَّ الْكِتَابَةُ الْحَالَّةُ مِثْلُ إِنْ قَالَ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ، وَبِهِ صَرَّحَ الْوَلَوَالِجِيُّ

(١) وقع بالأصل: «للمكاتبة». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

مَضْبُوتَةً وَفِي الْحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِدَاءِ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ.
 وَرَ . وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَغْفِلُ الشَّرَاءَ وَالْبَيْعَ

غاية السبيل

في الفتاواه.

وَكِتَابَةُ الْمُوجَلَّةِ مِثْلُ إِنْ قَالَ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ إِلَى سَنَةٍ.
 وَالكِتَابَةُ الْمُنْجِمَةُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ إِلَى سَنَةٍ تُؤَدِّي كُلَّ
 سَنَةٍ مِنْ نَسْجَمٍ كَذَا. وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فِي حُكْمِ الثَّمَنِ، وَالثَّمَنُ
 يَحْتَاجُ فِي النِّعَةِ حَدًّا وَمُنْجَمًا. فَكَذَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ.

قَوْلُهُ: (وَفِي الْحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِدَاءِ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ)، يَعْنِي: فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ
 لَا جَرِي يُطَالِبُ الْمُوَلَّى الْعَبْدَ بِمَا قَبِلَ، فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ، وَإِنْ امْتَنَعَ عَنِ الْإِدَاءِ رُدَّ فِي
 الرِّقِّ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْقَسْحِ قَدْ وَجَدَ، وَهُوَ قَوَاتُ لَزُومِ الْعَقْدِ لِفَوَاتِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ
 بِعَقْدِهِ. وَكَانَ لَا يُرَدُّ فِي الرِّقِّ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي.

وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا: مَا ذَكَرَهُ صَدْرُ الْإِسْلَامِ ١٢٢٢ هـ فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا صَحَّتْ
 كِتَابَةُ الْحَايَةِ فَلِلْمُوَلَّى أَنْ [٢٠٣٦ م] يَطَالِبَ الْمُكَاتَّبَ بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ فِي الْحَالِ، فَإِنْ
 ذَهَبَ عَتَقَ وَإِلَّا رُدَّ فِي الرِّقِّ إِذَا رَضِيَ بِهِ، أَوْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي حَتَّى يَرُدَّهُ، وَلَا
 يَنْسَخُ كِتَابَتُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ أَوْ بِرِضَا». إِلَى هُنَا لَفْظُ صَدْرِ الْإِسْلَامِ ١٢٢٢ هـ.

وَإِنْ قَالَ: أَخْرَجَنِي وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ، أَوْ غَائِبٌ يُرْجَى قُدُومُهُ؛ أَخَّرَ يَوْمَيْنِ أَوْ
 ثَلَاثَةً؛ لِأَنَّ الْإِيْفَاءَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَدَّةِ تَعْجِيلٌ دُونَ تَأْخِيرٍ، كَالْمَدْيُونِ إِذَا قَالَ: أَبِيعُ
 عَبْدِي هَذَا وَأَقْضِي حَقَّهُ، لَا يَحْبُسُهُ الْقَاضِي وَيُؤَجِّلُهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً، فَكَذَا هُنَا^(١).
 كَذَا ذَكَرَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي «فتاواه» ١٢٢٢ هـ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَغْفِلُ الشَّرَاءَ وَالْبَيْعَ)، أَيِ:

(١) ينظر: «الفتاوى الولوالجية» [١٤٠/٢].

يُتَحَقَّقُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، إِذَا الْعَاقِلُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ وَالتَّصَرُّفِ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ.
وَالشَّافِعِيُّ رحمته الله يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التَّجَارَةِ،
وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا
يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يُعْتَقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

غاية البيان

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: لَا تَصَحُّ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ^(٢).

وهذه المسألة فُرِعَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ الْإِذْنِ لِلصَّبِيِّ فِي التَّجَارَةِ،
فَعِنْدَنَا: يَجُوزُ ذَلِكَ خِلَافًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ، فَلَا يَصَحُّ الْإِذْنُ لَهُ.
وَلَنَا: أَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ، وَنُقْصَانُ رَأْيِهِ
يَنْجَبِرُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى، فَيَصَحُّ الْإِذْنُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ نَافِعٌ.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي بَابِ مُكَاتَبَةِ الصَّغِيرِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِذَا
كَاتَبَ الرَّجُلُ عَبْدًا لَهُ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ جَازَ، وَيَكُونُ كَالْعَبْدِ
الْكَبِيرِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْقِلُ وَلَا يَتَكَلَّمُ فَكَاتَبَهُ، ثُمَّ أَدَّى عَنْهُ رَجُلٌ
فَقَبِلَهَا الْمَوْلَى لَمْ يَعْتَقْ؛ فَإِنِّي لَوْ أَجَزْتُ هَذَا لَأَجَزْتُ لَوْ كَاتَبَ رَجُلٌ مَا فِي بَطْنِ
جَارِيَتِهِ، فَجَاءَ رَجُلٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَدَّى عَنْهُ أَنَّهُ يَعْتَقُ، فَلَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ، وَيُرَدُّ الْمَالُ
إِلَى صَاحِبِهِ»^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته الله.

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَوَازَ يَعْتَمِدُ الْقَبُولَ، وَالَّذِي لَا يَعْقِلُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ،
وَالَّذِي يَعْقِلُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ، وَيَكُونُ كَالْعَبْدِ الْكَبِيرِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٤٣/١٨]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي
[٤١٩/٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٢٦/١٢].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيْهَا إِلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلَ النَّجْمِ كَذَا
وَأَخْرَهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؛ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ؛
لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الْكِتَابَةِ.

شَاطِئُ الْبَيَانِ

وقوله: «ولو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما [٥٣٣/٢] في بطن
جاريته»، إشارة إلى أن أداء الأجنبي إنما يصح إذا ابتنى على القبول، ولم يوجد
القبول لا من الصبي ولا من نائبه، وإنما يراد المال إلى صاحبه؛ لأنه أداه لمقصود،
وتم يحصل ذلك المقصود، ولأنه أداه بسبب باطل، فلم يصح أدائه.

وقال في «شرح الطحاوي»: «وإن كان لا يعقل لا يجوز، إلا إذا قبل عنه
إنسان، فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه، فإن أدى هذا القابل عتق.

والقياس: أن^(١) يكون له استرداده، وهو قول زفر^(٢)، وفي الاستحسان:
ليس له ذلك.

قوله: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيْهَا إِلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلَ النَّجْمِ كَذَا
وَأَخْرَهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؛ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ)،
وهذه من مسائل «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة^(٣): في رجل قال لعبده:
قد جعلت عليك ألف درهم نجومًا أولها كذا وآخرها كذا، كل نجم كذا، فإذا
أديت فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق، قال: هذه مكاتبة»^(٢).

قال فخر الإسلام البزدوي^(٤) في «شرح الجامع الصغير»: «وهذا استحسان،
والقياس: ألا يكون مكاتبة؛ لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة، فيجعل وجود

(١) وقع بالأصل: «أن لا». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٤٦٢/ص].

ولو قال: إذا أدّيت إليّ ألفاً كلّ شهرٍ مئةً؛ فأنت حرٌّ، فهذه مكاتبةٌ في
رواية أبي سليمان رحمه الله؛ لأنّ التّنجيم يدلُّ على الوجوبِ وذلك بالكِتابَةِ.

غاية البيان

ذكرها كعدمها^(١).

ووجه الاستحسان: أن العبرة في العقود للمعاني، ألا ترى أن الكفالة بشرطِ
براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرطِ مؤاخذه الأصيل كفالة، والمضاربة بشرطِ
الربح كله لرب المال بضاعة، وبشرطه للمضارب إقراض، وقد وجد هاهنا معنى
المكاتبة؛ لأن معنى المكاتبة المشروعة على سبيل السنّة والعادة، والذي عليه
الإجماع ما قلنا، وعند الإطلاق يصحّ، فعند التفسير أولى.

فإن قلت: قد ذكر قبل هذا: (ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت
حرّ)، فكيف قيّد هنا بقوله: (فإذا أدّيتها فأنت حرّ، وإن عجزت فأنت رقيق؟)

قلت: ذاك فيما إذا ثبت عقد الكِتابَةِ صريحاً، فحينئذ يثبت الحكم بلا
تصريح؛ لأن موجبات الأشياء تثبت عقيب مباشرة السبب بلا تصريح، وهنا كلامنا
في انعقاد الكِتابَةِ، ولم يوجد صريح على ذلك، فلم يكن بُدٌّ من ذكر ما يؤدّي معنى
الكِتابَةِ، وذلك بمجموع ما قال في الكتاب.

قوله: (ولو قال: إذا أدّيت إليّ ألفاً كلّ شهرٍ مئةً؛ فأنت حرّ، فهذه مكاتبةٌ في
رواية أبي سليمان). ذكرها تفريعاً على مسألة «الجامع الصغير».

قال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره المُسمّى بـ«الكافي»: «وإذا قال: إن
أدّيت إليّ ألفاً كلّ شهرٍ مئةً؛ فأنت حرٌّ وقيلت^(٢)، فهذا مكاتبةٌ، وليس له أن
يبيعها، وإن كسرت شهراً واحداً، ثم أدّت إليه ذلك الشهر؛ كان جائزاً، ولو قال

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبرزدوي [ق/٣٣٨].

(٢) وقع بالأصل: «وقبل». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

لها: إِذَا أُدِّيَتْ إِلَيَّ أَلْفًا فِي هَذَا الشَّهْرِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فَلَمْ تُؤَدِّ فِي ذَلِكَ الشَّهْرِ، وَأَدَّتهُ فِي غَيْرِهِ ؛ لَمْ تَعْتَقْ .

قال أبو الفضل رحمه الله: «هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسألتان، وكذلك في كتاب أبي يوسف رحمه الله، ووجدت في رواية أبي حفص وهشام رحمهما الله بخلاف ذلك في السياق والجواب».

قَالَ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ أَلْفًا كُلَّ شَهْرٍ مِئَةً؛ فَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَقَبِلْتُ ذَلِكَ؛ فَلَيْسَتْ هَذِهِ بِمُكَاتَبَةٍ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مَا لَمْ تُؤَدِّ، فَإِنْ كَسَرْتَ شَهْرًا وَاحِدًا، وَأَدَّيْتُ إِلَيْهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الشَّهْرِ لَمْ تَعْتِقِي، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ أَلْفًا فِي هَذَا الشَّهْرِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فَلَمْ تُؤَدِّهَا فِي ذَلِكَ الشَّهْرِ وَأَدَّيْتُهَا فِي غَيْرِهِ؛ لَمْ تَعْتِقِي»^(١).
إِلَى هُنَا لَفْظُ أَبِي الْفَضْلِ الْحَاكِمِ الشَّهِيدِ الْمَرْوُزِيِّ رحمته الله فِي بَابِ الْعَتَقِ عَلَى الْمَالِ.

أَرَادَ بِإِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ: قَوْلَهُ: «لَيْسَ لَهُ أَنْ [٥٣٣/٢] يَبِيعَهَا»، وَبِالْأُخْرَى قَوْلَهُ: «فَإِنْ كَسَرْتَ شَهْرًا وَاحِدًا ثُمَّ أَدَّتْ إِلَيْهِ»^(٢)، وَبِهِ صَرَّحَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي».

وَجْهٌ رَوَايَةِ أَبِي سَلِيمَانَ: أَنَّهُ أَتَى بِمَعْنَى الْكِتَابَةِ، وَهُوَ الْأَدَاءُ مَنْجَمًا، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِلَفْظِ الْكِتَابَةِ، وَالْعِبْرَةُ لِلْمَعَانِي، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الْعَوْضِ بَيْعٌ، وَالْكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالْحَوَالَةُ بِشَرْطِ [٦/٣٦٣م] مُوَاخَذَةِ الْكَفِيلِ كِفَالَةً، وَلِهَذَا إِذَا اسْتَصْنَعَ وَضُرِبَ الْأَجَلَ يَكُونُ سَلَمًا.

وَوَجْهُهُ رَوَايَةُ أَبِي حَفْصٍ: أَنَّهُ تَعْلِيْقٌ بِصُورَتِهِ، فَلَا يُغَيِّرُ إِلَّا لَظَرُورَةً، وَلَا

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٣].

(٢) وقع بالأصل: «أدت له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

.....

● هاية الباب ●

ضرورة، وإنما قلنا: إنه تعليق؛ لأنه علق العتق بأداء الألف في عشرة أشهر، حيث قال: كل شهر مئة، ولو نص عليه وقال: إن أدت إلي ألفا في عشرة أشهر فأنت حرة؛ لا يكون كتابةً، فكذا هذا.

غاية ما في الباب: أن فيه تنجيماً، والتنجييم لا يدل على الكتابة؛ لأنه ليس من خواص الكتابة؛ لأن الديون قد تجب منجمةً، وقد تجب حالةً، فلا يكون آتياً بمعنى الكتابة، بخلاف الكفالة بشرط براءة الأصل؛ لأنه أتى بمعنى الحوالة، وبخلاف الاستئضاع إذا ضرب فيه الأجل؛ لأن الأجل من خصائص السلم بالحديث.

فإن كسرت شهراً واحداً، ثم أدت إليه ذلك الشهر كان جائزاً، وهذا على رواية أبي سليمان؛ لأنه جعلها مكاتبةً، والمكاتب إذا كسر نجماً واحداً ثم أداه بعد ذلك يعتق.

فأما على رواية أبي حفص رحمته الله: لا يعتق؛ لأنه تعليق فيراعى فيه صورة الشرط، وقد فُقد، فلا يعتق.

قالوا في «شروح الكافي»: إن رواية أبي حفص هي الأصح.

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» أيضاً: «وإذا قال: متى ما أدت إلي ألفاً فأنت حرة، فمات المولى؛ بطل هذا القول، فإن كان قال: إذا أدت إلي ألفاً بعد موتي فأنت حرة؛ فهذه وصية»^(١). إلى هنا لفظ الحاكم رحمته الله.

وإنما بطل بموت المولى؛ لأنه يمين، فيبطل بموت الحالف كسائر الأيمان، وإنما كان وصية في المسألة الثانية؛ لأنه أضاف العتق إلى ما بعد الموت، وهو لا

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٣].

وَفِي نُسْخِ أَبِي حَفْصٍ رحمه الله لَا يَكُونُ مُكَاتَبَةً اِعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيْقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً.
قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ
مِلْكِهِ أَمَّا الْخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَلِتَحْقِيقِ مَعْنَى الْكِتَابَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فَيُضْمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ

﴿غاية البيان﴾

يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَكِنْ يَمْلِكُ الْإِيصَاءَ، وَقَدْ قَصَدَ اِعْتَاقَهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ
بِهَذَا الْكَلَامِ، فَيَعْتَقُهَا الْوَصِيُّ بَعْدَ مَوْتِهِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ.

وَأَبُو حَفْصٍ الْكَبِيرُ: أَحْمَدُ بْنُ حَفْصِ الْبُخَارِيِّ.

وَأَبُو سَلِيمَانَ: مُوسَى بْنُ سَلِيمَانَ الْجُوزْجَانِيُّ، كِلَاهُمَا صَاحِبَا مُحَمَّدِ بْنِ
الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ رحمه الله، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ الْكُتُبُ وَالْأُمَالِي، وَوُلِدَ أَبُو حَفْصٍ سَنَةَ خَمْسِينَ
وَمِئَةً، وَتُوفِيَ سَنَةَ سَبْعِ عَشْرَةٍ وَمِئَتَيْنِ.

قَوْلُهُ: (اِعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيْقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً)، كَمَا إِذَا قَالَ: إِذَا أُدِّيَتْ إِلَيَّ أَلْفًا فِي هَذَا
الشَّهْرِ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَكَذَلِكَ لَا يَكُونُ كِتَابَةً، فَكَذَا إِذَا قَالَ: كُلُّ شَهْرٍ مِئَةً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ
مِنْ مِلْكِهِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «فَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ
وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ»^(١).

أَمَّا خُرُوجُهُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى: فَبِاِعْتِبَارِ تَحْقِيقِ مَعْنَى الْكِتَابَةِ، وَهُوَ الْجَمْعُ
وَالضَّمُّ، يُقَالُ: كَتَبْتُ الْبَغْلَةَ؛ إِذَا جَمَعْتَ بَيْنَ شُفْرَيْهَا بِحَلْقَةٍ، وَفِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ مَعْنَى
الضَّمِّ؛ لِأَنَّ بِهِ تَحْصُلَ مَالِكِيَّةِ الْيَدِ، فَتَنْضَمُّ هَذِهِ الْمَالِكِيَّةُ إِلَى مَالِكِيَّةِ نَسِ الْعَبْدِ لَهُ
[١٦٣/٢٠٣ م]، أَلَا تَرَى أَنَّ مَوْلَاهُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ
الْمَوْلَى اِتِّلَافَ نَفْسِهِ بِإِزْهَاقِ رُوحِهِ، حَتَّى لَوْ قَتَلَهُ يَأْتُمُّ، وَإِنْ كَانَ لَا يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ؛
لشَبْهَةِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

إِلَى مَالِكِيهِ نَفْسِهِ أَوْ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ آدَاءُ الْبَدَلِ فَيَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالْخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ الْمَوْلَى .

غاية البيان

وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكِتَابَةِ: الْوَصُولُ إِلَى الْعَتَقِ بِآدَاءِ الْبَدَلِ ، وَلَا يُمَكِّنُ آدَاءُ الْبَدَلِ إِلَّا بِكَوْنِهِ أَخْصَصَ بِمَكَاسِبِهِ ، فَإِذَا كَانَ أَخْصَصَ بِمَكَاسِبِهِ ؛ خَرَجَ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى لَا مُحَالَةً ، وَلَا يَجُوزُ [٥٣٤/٢] لِمَوْلَاهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ كَسْبِهِ بغيرِ رِضَاهُ حَتَّى يَتَوَصَّلَ إِلَى آدَاءِ الْبَدَلِ ، وَإِنَّمَا جَازَ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ لِهَذَا الْمَعْنَى ؛ لِأَنَّهُ يَتَوَصَّلُ بِذَلِكَ إِلَى آدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ .
وَأَمَّا عَدَمُ خُرُوجِهِ مِنْ مِلْكِ الْمَوْلَى : فَلَمَّا رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ ذَرَاهِمٌ » ^(١) .

وَلَا يَلْزَمُ مِنْ زَوَالِ الْيَدِ زَوَالُ مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لهما مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَلَا يَدَ لهما ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ وَمِلْكِ الْيَدِ مَرَّةً فِي كِتَابِنَا الْمَوْسُومِ بِـ « التَّبْيِينِ » ^(٢) فِي فَضْلِ الرَّقِّ ^(٣) .

وَأَمَّا جَوَازُ السَّفَرِ لَهُ : فَهُوَ مَذْهَبُنَا ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه : لَا يَجُوزُ [له] ^(٤) أَنْ يُسَافِرَ ^(٥) . كَذَا فِي

(١) مَضَى تَخْرِيجُهُ .

(٢) جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : « ج » : « الْكِتَابُ الْمُسَمَّى بِـ : « التَّبْيِينِ » هُوَ شَرْحُ « الْكَنْزِ » الْمَشْهُورِ بِالزَيْلَعِيِّ ! وَهَذَا تَعْلِيقٌ بِهِ غَفْلَةٌ مَكْشُوفَةٌ ، فَالْمُرَادُ بِـ : « التَّبْيِينِ » هُنَا : هُوَ « التَّبْيِينُ شَرْحُ الْأَخْصِيكِيِّ » لِلْمُؤَلِّفِ . وَهُوَ الْمُرَادُ مُطْلَقًا كُلَّمَا تَكَرَّرَ فِي كَلَامِ الْمَوْلَفِ .

(٣) يَنْظُرُ : « التَّبْيِينُ شَرْحُ الْأَخْصِيكِيِّ » لِلْمَوْلَفِ [٢٥٤/٢ - ٢٥٧] .

(٤) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : « ن » ، « م » ، « و » ، « ج » ، « و » ، « س » .

(٥) يَنْظُرُ : « الْأَمُّ » لِلشَّافِعِيِّ [٣٦٢/٩] . وَ« الْوَسِيطُ فِي الْمَذْهَبِ » لِلْغَزَالِيِّ [٥٣٤/٧] . وَقَالَ النَّوَوِيُّ فِي « الْمَجْمُوعِ شَرْحِ الْمَذْهَبِ » [٢٦/١٦] : « إِنْ أَرَادَ أَنْ يُسَافِرَ فَقَدْ قَالَ فِي الْأَمِّ : يَجُوزُ . وَقَالَ فِي الْأَمَالِيِّ : لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ، فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ : أَحَدُهُمَا : لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِيهِ =

وَأَمَّا عَدَمُ الْخُرُوجِ مِنْ مِلْكِهِ فَلِمَا رَوَيْنَا ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَمَبْنَاهُ عَلَى
الْمُسَاوَاةِ ،

غاية البيان

«شرح الأقطع»^(١) ؛ لَأَنَّ السَّفَرَ جَهَةٌ يُقْصَدُ بِهَا اكْتِسَابُ الْمَالِ ، فَجَازَ لِلْمُكَاتِبِ
فَعْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ مُوَلَاهُ كَالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَعْنَى يُوجِبُ زَوَالَ يَدِ غَيْرِهِ
عَنْهُ ، فَيُسْتَفَادُ بِهِ السَّفَرُ كَالْعَتَقِ .

وَلَا يُقَالُ : إِنَّ السَّفَرَ فِيهِ غَرَرٌ وَخَطَرٌ ، وَالْمَالُ فِيهِ عُرْضَةٌ لِلتَّوَيُّ وَالتَّلَفِ ، فَلَا
يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ كَالِاقْرَاضِ وَالْهَبَةِ .

لِأَنَّا نَقُولُ : مَا كَانَ الْغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ بِاحْتِمَالِ الْهَلَاكِ ، كَالْبَيَاعَاتِ
وَالْأَشْرِبَةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لَكُونَ الْغَالِبُ السَّلَامَةُ ، وَلَا يُنْسَبُ الْإِنْسَانُ بِالسَّفَرِ إِلَى
التَّفْرِيطِ ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ غَرَرٌ لُنُسِبَ إِلَى التَّفْرِيطِ ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُكَاتِبُ الْقَرْضَ
وَالْهَبَةَ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ .

قوله : (وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاوَاةِ) ، هَذَا دَلِيلٌ ثَانٍ عَلَى عَدَمِ
الْخُرُوجِ مِنْ مِلْكِ الْمَوْلَى .

بيانه : أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَالْمُعَاوَضَةُ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ مِنَ
الْجَانِبَيْنِ ، فَمِثْلُ مَا ثَبَتَ لِأَحَدِهِمَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِلْعَبْدِ بِهَذَا الْعَقْدِ الْمَالِكِيَّةُ
مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، حَيْثُ لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَتَهُ قَبْلَ أَدَاءِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، بَلْ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ ،
وَهِيَ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ ، فَكَذَا لَا يَثْبُتُ لِلْمَوْلَى فِي الْعَبْدِ حَقٌّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، حَيْثُ لَا يَمْلِكُ
الْمَوْلَى أَكْسَابَهُ بِلَا رِضَاةٍ ، فَيَثْبُتُ لَهُ حَقٌّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَهُوَ مَالِكِيَّةُ الرَّقَبَةِ ، فَيَكُونُ
لِلْمَوْلَى مَالِكِيَّةُ الرَّقَبَةِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ ، فَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ .

= تَغْرِيرًا ، وَالثَّانِي : يَجُوزُ لِأَنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ الْكَسْبِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا لَمْ يَجْزِ ، وَإِنْ
كَانَ قَصِيرًا جَازَ ، وَحَمَلَ الْقَوْلَيْنِ عَلَى هَذَيْنِ الْحَالَيْنِ ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الطَّرِيقُ الْأَوَّلُ .

(١) ينظر : «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣١] .

وَمِنْهُ دَلِيلٌ وَمَنْحَرٌ الرَّعْنَى وَيَسْتَحَقُّ بِتَأْخِيرِهِ ، لِأَنَّهُ يَنْبَغُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ وَيَنْبَغُ لَهُ فِي الدِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِ .

قَالَ: أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعَتَقِهِ ، لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ ، لِأَنَّهُ مَا إِلَّا التَّرَمُّدُ إِلَّا مُقَابِلًا بِحُصُولِ الْعِتْقِ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ دُونَهُ .

قَالَ: وَإِذَا وَطِنَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ ، لَزِمَهُ الْعُقْرُ ، أَنَّهَا صَارَتْ أَحْصَ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلاً إِلَى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ وَهُوَ الْوُصُولُ إِلَى الْبَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَى الْحُرِّيَّةِ

غاية البيان

قوله: (وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ) [٣٦٤/١] ، أي: المُساواة على تأويل التساوي .

قوله: (تَبَّتْ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ) ، أي: تَبَّتْ لِلْعَبْدِ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ .

قوله: (وَيَنْبَغُ لَهُ فِي الدِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِ) ، أي: يَنْبَغُ لِلْمَوْلَى فِي دِمَّةِ الْمُكَاتَبِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِ ، وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ فَحَسَبُ دُونَ مِلْكِ الْيَدِ .

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعَتَقِهِ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعاً عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ رحمته الله ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِعْتِقَ إِزَانَةً مِلْكٍ مُتَجَرِّ مُقْضٍ زَوَالُ كُلِّهِ إِلَى الْعِتْقِ ، وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ ثَابِتٌ لِلْمَوْلَى فِي الْمُكَاتَبِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يُرِيلَهُ بِالْإِعْتَاقِ ، فَإِذَا أَعْتَقَهُ سَقَطَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ - وَهُوَ الْعِتْقُ - حَصَلَ بِدُونِ الْأَدَاءِ ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ عَنْ كِفَارَةٍ يَمِينِهِ جَزَّ عَنْهُ خِلَافاً لِلشَّافِعِيِّ ^(١) ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْإِيمَانِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهَا فِي فَصْلِ كِفَارَةِ الظَّهَارِ .

قوله: (قَالَ: وَإِذَا وَطِنَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ ، لَزِمَهُ الْعُقْرُ) ، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢) ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى الْعُقْرُ بِوُطْنِ مُكَاتَبَتِهِ ، لِأَنَّهَا بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ خَرَجَتْ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى ، فَصَارَتْ أَحْصَ بِنَفْسِهَا مِنْهُ حَتَّى تَتَوَسَّلَ إِلَى الْمَقْصُودِ

(١) ينظر: «الوسيط في المنعجب» للغزالي [٥١٧/٧] ، و«أسنى المطالب» للشيخ زكريا [٣٦٤/٣] .

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩] .

من حسنها بناء عليه ، ومنافع البضع مُلحقة بالأجزاء والأعيان .

وإن جنى عليها ، أو على ولدها ؛ لزمتها الجناية

كتاب غريب

الكتابة . والمقصود منها للمولى الوصول إلى بدل الكتابة ، وللعبد الوصول إلى حريته بأداء البدل ، وهذا المقصود لا يحصل للمكاتب إلا إذا كان المكاتب أخص نفسه ومنافعه ، فلا لم يكن أخص بذلك من المولى لأتلف (٥٣٤/٢) المولى نفسه . فلا يحصل المقصود حينئذ ، فإذا كان كذلك ؛ كان العقر واجبا على حموي ؛ لأن العقر بدل جزء من نفسها ، وهي أخص بها .

قوله : (بناء عليه) ، أي : على البدل . يعني : أن الحرية بناء على أداء بدل كتابة .

قوله : (وإن جنى عليها ، أو على ولدها ؛ لزمتها الجناية) ، هذا لفظ القلوري في «مختصره» ، وتماثفه فيه : «وإن أتلف مالا لها غرمه»^(١) ، وذلك لأنها بالكتابة خرجت من يد المولى ، فصارت أخص بنفسها وبأكسابها ، والولد من أكسابها أيضا ، حموي جنائته عليها وعلى ولدها ومالهها ، حيث صار المولى كالأجنبي في ذلك ، بعد أن لم يزم المولى أرش الجناية على العبد المرهون^(٢) . كذا في «الشرح الأقطع» .

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي^(٣) في كتاب الجنایات من «مختصره» : «وإذا جنى حموي على مولاه ، أو رقيق مولاه ، أو متاعه ؛ فهو هدر كله ، وكذلك إذا جنى حموي عليه فجنايته هدر ، ولا يلزم المولى شيء ؛ لأنه عبده ، وكذلك أم الولد في حموي عن المولى وجناية المولى [عليها]^(٤) هدر ؛ لأنها مملوكة له ، وما جنى عليه فأرش ذلك للمولى .

بغير : المصدر السابق .

بغير : شرح مختصر القلوري ؛ للأقطع [ق ١٣٣] .

بين المعقوفين : زيادة من : أن . وأم . وأج . وفع . وفعل .

لِمَا بَيْنَا وَإِنْ أَتْلَفَ مَا لَهَا غُرْمٌ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ إِكْسَابِهِ وَنَفْسِهِ ،
إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لِأَتْلَفَهُ الْمَوْلَى فَيَمْتَنِعَ حُصُولُ الْغَرَضِ الْمُتَبَغَى بِالْعَقْدِ ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

وَأَمَّا [٦/٣٦٤/م] الْمُكَاتَبُ : فَجَنَايَةُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تَلْزُمُ الْمَوْلَى ، وَجَنَايَةُ الْمُكَاتَبِ
عَلَى سَيِّدِهِ تَلْزُمُ الْمُكَاتَبَ ، وَكَذَا جَنَايَةُ الْمَوْلَى عَلَى رَقِيقِ الْمُكَاتَبِ ، أَوْ مَالِهِ يَلْزُمُ
كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا جَنَى عَلَى صَاحِبِهِ فِي نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله .
وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْبَيْهَقِيُّ رحمته الله فِي « كَفَايَتِهِ » : « جَنَايَةُ الْمَوْلَى عَلَى مُكَاتَبِهِ
عَمْدًا لَا تُوجِبُ الْقَوْدَ لِأَجْلِ الشُّبْهَةِ ، وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَاتَبُ مَوْلَاهُ عَمْدًا يَجِبُ الْقَوْدُ ؛
لِمَا عُرِفَ » .

قَوْلُهُ : (لِمَا بَيْنَا) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ : (لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا) .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .



فصل في المُكَاتِبَةِ الْفَاسِدَةِ

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَى قِيَمَتِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ.

غاية البيان

فصل في المُكَاتِبَةِ الْفَاسِدَةِ

ذَكَرَ الْمُكَاتِبَةُ الْفَاسِدَةَ بَعْدَ الْمُكَاتِبَةِ الصَّحِيحَةِ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ مُضْمَحِلُّ الْوَصْفِ دُونَ الْأَصْلِ، فَكَانَ الْفَاسِدُ أَحْطَ مَرْتَبَةً مِنَ الصَّحِيحِ، فَنَاسَبَ التَّأْخِيرَ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَى قِيَمَتِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى ذِمِّيًّا وَالْعَبْدُ مُسْلِمًا؛ لَا يَجُوزُ كِتَابَتُهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ.

أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى وَالْعَبْدُ كَافِرَيْنِ: تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ مَالٌ فِي حَقِّ الْكَافِرِ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «الْكَافِي» فِي أَوَّلِ بَابِ كِتَابَةِ أَهْلِ الْكُفْرِ: «ذِمِّيٌّ ابْتِاعَ عَبْدًا مُسْلِمًا فَكَاتَبَهُ، قَالَ: هُوَ جَائِزٌ، وَلَا يُرَدُّ، فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرٍ لَمْ يَجْزُ، فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمَوْلَى هُوَ الْمُسْلِمُ».

ثُمَّ قَالَ: «ذِمِّيٌّ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ عَلَى خَمْرٍ، قَالَ: هُوَ جَائِزٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ، قَالَ: الْمُكَاتِبَةُ جَائِزَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْخَمْرِ؛ وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ، وَهَذَا لَيْسَ بِمَالٍ، فَإِنْ أَدَّى مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ؛ لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَوْلَى قَالَ لَهُ فِي الْمُكَاتِبَةِ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فَانْتَ حُرٌّ، ثُمَّ أَدَّاهُ وَقَبِلَهُ السَّيِّدُ، فَيَعْتَقُ بِقَوْلِهِ:

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُسْلِمُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فَيُفْسِدُ الْعَقْدَ . وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْقِيَمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا فَتَفَاحَشَتْ الْجَهَالَةُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ ، وَلِأَنَّهُ تَنْصِصُ عَلَى مَا هُوَ مُوجِبُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيَمَةِ .

غاية البيان

أَنْتَ حُرٌّ ، وَلَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ السَيِّدُ بِشَيْءٍ ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ فِي «الكَافِي» .

ثُمَّ نَرْجِعُ إِلَى مَا قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فنقول: أَمَّا فسادُ الْكِتَابَةِ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ: فَلِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَنْهِيٌّ عَنْ تَمْلِكِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَتَمْلُكُهُمَا حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، فَكَانَ الْبَدْلُ بَاطِلًا ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَدْلُ فَسَدَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ مَا لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ لَا يَصْلُحُ بَدَلًا عَمَّا هُوَ مُتَقَوِّمٌ كَمَا فِي الْبَيْعِ .

وَأَمَّا فسادُ الْكِتَابَةِ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ: فَلِأَنَّ الْقِيَمَةَ مَجْهُولَةٌ جَهَالَةً فَاحِشَةً مِنْ حَيْثُ الْقَدْرُ ، وَالْجِنْسُ ، وَالْوَصْفُ .

أَمَّا مِنْ حَيْثُ الْقَدْرُ: فَلِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ قِيَمَتَهُ عَشْرُونَ ، أَوْ ثَلَاثُونَ ، أَوْ [٥٣٥/٢] غَيْرُ ذَلِكَ .

وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الْجِنْسُ: فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوَّمَ بِالذَّهَبِ ، أَوْ الْفِضَّةِ ، وَلَا يَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ بِمَجَرَّدِ ذِكْرِ الْقِيَمَةِ ، فَكَانَ [٢/٣٦٥/٦] الْجِنْسُ مَجْهُولًا .

وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الْوَصْفُ: فَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْجَيِّدَ وَالرَّدِيءَ وَالْوَسْطَ ، فَكَانَ الْوَصْفُ مَجْهُولًا أَيْضًا ، فَإِذَا كَانَتِ الْقِيَمَةُ مَجْهُولَةً ؛ كَانَ الْبَدْلُ مَجْهُولًا ، وَجَهَالَةُ الْبَدْلِ تُوجِبُ فسادَ الْعَقْدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ .

فَإِنْ أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ عِنْدَ

(١) ينظر: «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٨] .

قَالَ: فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ.

غاية البيان

اتصال القبض بها في حق إفادة الحكم، وهو العتق، وإن كاتبه على ثوب لم يُسمَّ جنسه؛ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ ثَوْبًا لَمْ يَعْتَقْ^(١). كذا ذكر الحاكم رحمته الله في «الكافي»، وذلك لَأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْقِيَمَةِ مُسْتَدْرَكَةٌ بِالرَّجُوعِ إِلَى الْمُقَوِّمِينَ، فَجَازَ أَنْ تَنْعَقِدَ الْكِتَابَةُ مَعَهَا، أَمَّا تَفَاوُتُ أَجْنَاسِ الثِّيَابِ فَفَاحِشٌ، وَلَا يَرُدُّ عَلَى مَا قُلْنَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ، حَيْثُ تَصَحَّحُ الْكِتَابَةُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَبْدٍ وَسَطٍ.

لَأَنَّا نَقُولُ: الْعَبْدُ مَعْلُومٌ، وَوُضِفَهُ مَجْهُولٌ، وَجَهَالَةُ الصِّفَةِ لَا تَمْنَعُ صَحَّةَ الْعَقْدِ، وَسَيَجِيءُ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ). وكذلك إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى دَارٍ لَا يَجُوزُ كَمَا فِي الثَّوْبِ.

ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَ الْكِتَابَةِ الْجَائِزَةِ وَالْفَاسِدَةِ: أَنَّ فِي الْفَاسِدِ يُرَدُّهُ الْمَوْلَى فِي الرَّقِّ، وَيُفْسَخُ الْكِتَابَةُ بِغَيْرِ رِضَاهِ، وَفِي الْجَائِزِ لَا يَفْسَخُ إِلَّا بِرِضَا الْعَبْدِ، وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَفْسَخَ فِي الْجَائِزِ وَالْفَاسِدِ جَمِيعًا بِغَيْرِ رِضَا الْمَوْلَى^(٢). كذا في «شرح الطحاوي».

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْتَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ»^(٣)، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْ أَصْحَابِنَا، وَعَلَيْهِ نَصُّ الْحَاكِمِ رحمته الله فِي «الْكَافِي»^(٤).

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي كِتَابِ «الْعَيُونِ»: «رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدًا عَلَى خَمْرٍ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ، وَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ لَا يَعْتَقُ، وَهَذَا قَوْلُ زُفَرٍ رحمته الله، وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ رحمته الله: أَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَ. وَرَوَى أَبُو يَوْسَفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله:

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٤٥٠].

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ هُوَ الْقِيَمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ صُورَةٍ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ مَعْنَى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا قَالَ: إِنْ أَدَيْتُهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِالشَّرْطِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مِئْتَةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَضْلَ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيِّنَ الْمِئْتَةُ أَنَّ

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَدَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَفْسِهِ»^(١).

قَالَ الْفَقِيهُ: «هَذَا كُلُّهُ بِخِلَافِ رَوَايَةِ «الْمَبْسُوطِ»، قَالَ فِي رَوَايَةِ «الْمَبْسُوطِ»: لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْعِيُونِ».

ثُمَّ زُفَرٌ اعْتَبَرَ الْقِيَمَةَ فَحَسَبَ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ هُوَ الْبَدَلُ فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، فَإِنْ أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا، وَأَبُو يُوسُفَ قَالَ: إِنْ كَلَّ وَاحِدٌ مِنْ عَيْنِ الْخَمْرِ وَقِيَمَتِهَا بَدَلُ الْخَمْرِ بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ، وَالْقِيَمَةُ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى، فَعَتَقَ إِذَا أَدَّى أَيُّهُمَا كَانَ.

وَجْهُ مَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ❦: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَنَّ الْكِتَابَةَ فِيهَا مَعْنَى الْيَمِينِ، بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِالْأَدَاءِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْعُقُودِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالمَوْتِ، وَلَوْ كَانَتْ يَمِينًا لَبَطَلَتْ بِالمَوْتِ، فَإِذَا بَطَلَ مَعْنَى الْعَقْدِ بِاعْتِبَارِ فُسَادِ [٣٦٥/٦ م] الْبَدَلِ؛ بَقِيَ مَعْنَى الْيَمِينِ فِيهَا، فَوَجَبَ اعْتِبَارُ الصَّرِيحِ بِالشَّرْطِ، فَإِذَا وَجَدَ صَرِيحَ الشَّرْطِ عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ

(١) ينظر: «عُيُونُ الْمَسَائِلِ» لِأَبِي الْلَيْثِ السَّمُرْقَانْدِيِّ [ص/٤٠٧].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ هُوَ الْقِيَمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ بَدَلُ صُورَةٍ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ مَعْنَى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا قَالَ: إِنَّ أَدَيْتُهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِالْشَّرْطِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مِثَّةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَضْلَ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيِّنَ الْمِثَّةَ أَنَّ

غَايَةُ الْبَيَانِ

أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: إِنَّ أَدَيْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَفْسِهِ»^(١).

قَالَ الْفَقِيهُ: «هَذَا كُلُّهُ بِخِلَافِ رَوَايَةِ «الْمَبْسُوطِ»، قَالَ فِي رَوَايَةِ «الْمَبْسُوطِ»: لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدَيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْعِيُونِ».

ثُمَّ زُفَرٌ اعْتَبَرَ الْقِيَمَةَ فَحَسَبَ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ هُوَ الْبَدَلُ فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، فَإِنْ أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا، وَأَبُو يُوسُفَ قَالَ: إِنْ كَلَّ وَاحِدٌ مِنْ عَيْنِ الْخَمْرِ وَقِيَمَتِهَا بَدَلُ الْخَمْرِ بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ، وَالْقِيَمَةُ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى، فَعَتَقَ إِذَا أَدَّى إِلَيْهَا كَانَتْ.

وَجْهٌ مَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِذَا أَدَيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَنَّ الْكِتَابَةَ فِيهَا مَعْنَى الْيَمِينِ، بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِالْأَدَاءِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْعُقُودِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالمَوْتِ، وَلَوْ كَانَتْ يَمِينًا لَبْطَلَتْ بِالمَوْتِ، فَإِذَا بَطَلَ مَعْنَى الْعَقْدِ بِاعْتِبَارِ فَسَادِ [٣٦٥/٦ م] الْبَدَلِ؛ بَقِيَ مَعْنَى الْيَمِينِ فِيهَا، فَوَجَبَ اعْتِبَارُ الصَّرِيحِ بِالْشَّرْطِ، فَإِذَا وُجِدَ صَرِيحُ الشَّرْطِ عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ

(١) ينظر: «عُيُونُ الْمَسَائِلِ» لِأَبِي الْلَيْثِ السَّمُرْقَنْدِيِّ [ص/٤٠٧].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

نَحْمَرُ وَالْخِزِيرَ مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ فَأَمَكَنَ إِعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ ، وَمُوجِبُهُ الْعِتْقُ
عِزُّ أَدَاءِ الْعَوَضِ الْمَشْرُوطِ . أَمَّا الْمَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا فَلَا يُمَكِّنُ إِعْتِبَارُ
مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ فَأَعْتَبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِيسِ عَلَيْهِ وَإِذَا عِتَقَ بِأَدَاءِ
غَيْرِ النَحْمَرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ
وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

نَحْمَرُ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَوَجْهُ مَا ذَكَرَ فِي «الأصل» : أَنَّ قَوْلَهُ : «كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا» يَقْتَضِي أَدَاءَ ذَلِكَ
مِنْ صَرِيحِ الْحُكْمِ ، فَكَأَنَّهُ شَرَطَ ذَلِكَ صَرِيحًا ، فَإِذَا وُجِدَ أَدَاءُ ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي كَاتَبَ^(١)
عِنْدَهُ - وَهُوَ النَحْمَرُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ - عِتَقَ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ كَأَنَّهُ ذَكَرَ الشَّرْطَ صَرِيحًا .

ثُمَّ إِذَا عِتَقَ بِأَدَاءِ النَحْمَرِ وَجِبَتْ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ إِذَا تَلَفَ فِيهِ الْمَعْقُودُ
عِنْدَهُ وَجِبَ [٥٣٥/٢] فِيهِ الْقِيَمَةُ كَالْمَبِيعِ إِذَا تَلَفَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِيِّ .

وَقَدْ ذَكَرَ فِي «الأصل» : إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ لَمْ يَجْزُ ، فَإِنْ أَدَّى الْمَيْتَةَ أَوْ
نَدَمَ : لَا يَغْتِقُ إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالشَّرْطِ ، وَقَالَ : إِذَا أَدَيْتَ الْمَيْتَةَ أَوْ الدَّمَ فَأَنْتَ حُرٌّ ،
فَحِينَئِذٍ يَغْتِقُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ ، لَا لِأَجْلِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ
بِقَضِيَةِ التَّعْلِيقِ ، لَا بِقَضِيَةِ الْمُعَاوَضَةِ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ النَحْمَرِ وَبَيْنَ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ عَلَى رَوَايَةِ «الأصل» : أَنَّ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ
لَا قِيَمَةَ لِهَمَا ، فَلَمْ يَتَضَمَّنْ ذِكْرُهُمَا مَعْنَى الْعَوَضِ ، فَأَعْتَبِرَ مَعْنَى الشَّرْطِ ، فَإِذَا لَمْ
يُوجَدْ الشَّرْطُ لَا يَغْتِقُ إِذَا أَدَّى الْمَيْتَةَ أَوْ الدَّمَ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَصْلُحَانِ عَوَضًا لِعَدَمِ
الْمَالِيَةِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ النَحْمَرُ وَالْخِزِيرُ ، فَإِنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنَّمَا بَطَلَ
تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، فَإِذَا كَانَ مَالًا فِي الْجُمْلَةِ ؛ كَانَ الْعَقْدُ وَاقِعًا عَلَى بَدَلٍ ،

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «الَّذِي كَانَتْ» . وَالْمُنْبِتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «و» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «و» ، «س» .

قَالَ: وَلَا يُنْقَضُ عَنِ الْمُسَمَّى، وَيُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمُبْدَلِ بِالْغَةِ مَا [١/١٢٦] بَلَغَتْ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى مَا رَضِيَ بِالنَّقْصَانِ وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ؛ كَيْلًا يَبْتَطِلُ حَقُّهُ فِي الْعَتَقِ

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

وَمَوْجِبُ ذَلِكَ الْعَتَقُ عِنْدَ آدَاءِ الْبَدَلِ، فَعَتَقَ بِأَدَائِهِ.

يَحَقِّقُهُ: أَنَّ الْبَيْعَ لَوْ وَقَعَ بِخَمِيرٍ، فَقَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ؛ فَلَهُ بِالْقِيَمَةِ، وَلَوْ وَقَعَ الْمَبِيعُ بِالْمَيْتَةِ أَوْ الدَّمِ، فَقَبَضَ الْمَبِيعَ لَمْ يَمْلِكْهُ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَالٍ أَصْلًا، فَكَانَ الْعَقْدُ بَلَا بَدَلٍ، فَلَا تَنْعَقِدُ الْكِتَابَةُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يُنْقَضُ عَنِ الْمُسَمَّى، وَيُزَادُ عَلَيْهِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدٌ لِفَسَادِ بَدَلِهِ، وَفِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ تُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، فَكَذَا هُنَا.

وَتَحْقِيقُهُ: أَنَّ الْمَوْلَى مَا رَضِيَ بِأَقْلٍ مِنَ الْمُسَمَّى، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّهِ بِالنَّقْصِ عَنِ الْمُسَمَّى، وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْمُسَمَّى ظَاهِرًا؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُنَا هُوَ الْقِيَمَةُ، وَالْقِيَمَةُ إِذَا كَانَتْ زَائِدَةً وَلَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ بِالزِّيَادَةِ؛ يَكُونُ الْعَقْدُ مَنْفُسَخًا، وَيُبْقَى الْعَبْدُ فِي ذُلِّ الرِّقِّ إِلَى آخِرِ عُمرِهِ، فَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ اسْتِجْلَاءً بِالشَّرَفِ الْحُرِّيَّةِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ فَضْلُ الْقِيَمَةِ عَلَى الْمُسَمَّى.

قَالَ فِي «الْمَخْتَلَفِ»: «إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفٍ وَعَلَى خِدْمَتِهِ أَبَدًا، فَسَدَتْ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ يَخَالَفُ قَضِيَّةَ الْعَقْدِ، وَإِنْ أَدَّى الْأَلْفَ عَتَقَ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، فَإِنْ كَانَ الْأَلْفُ أَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ يَأْخُذُ الْمَوْلَى مِنْهُ تَمَامَ الْقِيَمَةِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ يَسْتَرِدُّ الْمُكَاتَبُ الْفَضْلَ عِنْدَ زُفْرِ اللَّهِ، وَعِنْدَنَا: لَا يَسْتَرِدُّ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

ضَرْماً فَتَجِبُ بِالْعَقْدِ مَا بَلَغَتْ ، وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ يَغْتَنُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ سَرَرٌ . وَأَمَّا إِنْ اِغْتَبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ وَأَثَرُ الْجَهَالَةِ فِي الْفَسَادِ ، بِخِلَافِ مَا

عَلَيْهِ الْبَيِّنَاتُ

له : أَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ [٣٦٦/٢] يُوجِبُ ضَمَانَ الْقِيَمَةِ لَا الْأَكْثَرَ كَمَا فِي الْبَيْعِ

مَدَّ صَدْرُ .

ولنا : أَنَّ الْعَتَقَ حَصَلَ هَاهُنَا بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، وَهُوَ أَدَاءُ الْأَلْفِ ، فَلَوْ اسْتَرَدَّ شَيْئاً نَصَرَ بَعْضُ الشَّرْطِ ، فَلَا يَغْتَنُ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الشَّرْطِ فِيهِ غَيْرُ مُرَاعَى^(١) .
وَالْحَاصِلُ : أَنَّ فِي الْبَيْعِ يُعْتَبَرُ الْعَقْدُ وَلَا يُعْتَبَرُ الشَّرْطُ ، وَالْعَقْدُ لَا يُوجِبُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةٍ . وَفِي الْكِتَابَةِ يُعْتَبَرُ مَعْنَى الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ جَمِيعاً ، فَكَانَ هَذَا مَشْرُوطُ الْعَقْدِ سَعَتٍ . فَلَا يَسْتَرَدُّ . كَذَا فِي «الْحَضَرِ» .

قَوْلُهُ : (وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ يَغْتَنُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ) ، هَذَا يَنْصِلُ بِمَا ذَكَرَ قَبْلَهُ : لِأَنَّهُ قَالَ أَوَّلًا : (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ ، أَوْ خِنْزِيرٍ ، أَوْ عَلَى قِيَمَتِهِ ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) ، ثُمَّ قَالَ : (فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ) .

ثُمَّ اِحْتَاجَ بَعْدَ بَيَانِ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَذْكُرَ حُكْمَ أَدَاءِ الْقِيَمَةِ فِيهَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ فَقَالَ : (يَغْتَنُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ) ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ ، وَقَدْ (أَمَّا إِنْ اِغْتَبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ) ،
يَعْنِي الْمُعَاوَضَةَ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَصْلُحُ عِوَضاً ، وَأَثَرُ جَهَالَةِ الْقِيَمَةِ فِي فُسَادِ الْعَقْدِ لَا فِي إِبْطَالِ الْعَقْدِ ، فَإِذَا أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْكِتَابَةِ نَصِيحَةٍ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ ، وَهُوَ الْعَتَقُ .

وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ فَأَدَّى ثَوْبًا لَا يَغْتَنُ ؛ لِتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ ، وَهَذَا يَغْتَنُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ مَجْهُولَةً فِي الْأَصْلِ ، لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِي الْقِيَمَةِ مُسْتَدْرَكَةٌ [٣٦٦/٢] ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ قَبْلَ هَذَا .

(١) ينظر : «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٣١/٣] .

إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ فِيهِ عَلَى مُرَادِ الْعَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ .

﴿ غاية البيان ﴾

قَالَ الْإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ إِسْحَاقُ الْوَلَوَالِجِيُّ رحمته الله فِي «فَتَاوَاهُ»: «وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ لَمْ يَجُزْ ، فَإِنْ أَدَاهَا عَتَقَ .

أَمَّا عَدَمُ الْجَوَازِ: فَلَأَنَّ قِيَمَةَ الْعَبْدِ لَا تَصْلُحُ مَهْرًا حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى قِيَمَةِ هَذَا الْعَبْدِ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ ، وَمَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فِي بَابِ النِّكَاحِ لَا يَصْلُحُ بَدَلًا فِي بَابِ الْكِتَابَةِ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى^(١) .

وَأَمَّا الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ: فَلَأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ شَيْئَيْنِ: مُعَاوَضَةً وَتَعْلِيقًا ، فَأَيُّ الْمَعْنَيْنِ اعْتَبَرْنَا يَعْتَقُ .

أَمَّا الْمُعَاوَضَةُ: فَلَأَنَّ الْقِيَمَةَ تَصِيرُ عِوَضًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدًا .

وَأَمَّا التَّعْلِيقُ: فَلَأَنَّ الْعِتْقَ يَتَعَلَّقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ ، وَقَدْ وُجِدَ .

وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ مَا سَمَّى لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فِي بَابِ النِّكَاحِ ، فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى لَا يَصْلُحُ عِوَضًا فِي الْمُعَاوَضَاتِ بِحَالٍ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ بِأَدَائِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَتَعَلَّقُ بِأَدَاءِ الْعِوَضِ بِخِلَافِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا فِي الْمُعَاوَضَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مَعْلُومَةُ الْجِنْسِ ، وَتَصِيرُ مَعْلُومَةً الْقَدْرِ إِذَا أَدَّى أَقْصَى قِيَمَتِهِ وَهِيَ مَلْفُوظَةٌ ، فَيَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ بِأَدَائِهَا^(٢) . كَذَا فِي «فَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيِّ» .

ثُمَّ قَالُوا: يُعْتَبَرُ فِي الْقِيَمَةِ مَا تَصَادَقَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِهَمَا فَلَا يَغْدُوهُمَا ،

(١) وَجْهُ الْأُولَوِيَّةِ: لِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِلا ذِكْرِ الْعِوَضِ - وَهُوَ الْعِوَضُ - أَصْلًا ، وَلَا تَنْعَقِدُ الْكِتَابَةُ بِلا ذِكْرِ

الْعِوَضِ . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «م» ، «و» ، «ل» .

(٢) يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّةُ» [١٤١/٢] .

قَالَ: وَكَذَا إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ. وَمُرَادُهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَلْفِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَكذَا إِذَا قَوَّمَ الْمُقَوِّمَانِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ الْمُقَوِّمُونَ فِي الْقِيَمَةِ يُعْتَبَرُ أَقْصَى الْقِيَمَتَيْنِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْعَتَقِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِبَيِّنٍ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَكَذَا إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوْرَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله [١/٣٦٦ ظ/٢]: فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ، قَالَ: لَا تَجُوزُ الْمُكَاتَبَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَاتَبَ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ»^(١)؛ لَمْ تَجُزِ الْمُكَاتَبَةُ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمهما الله فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمهما الله فِي «الْكَافِي»: «إِنْ كَاتَبَهَا عَلَى عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ لَمْ يَجُزْ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا عَيْنَهُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ عَرْضٍ، أَوْ مَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ، فَإِنْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفِ فَلَانٍ هَذِهِ؛ جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ؛ لِأَنَّهَا تَقَعُ عَلَى مِثْلِهَا، فَإِنْ أَدَّتْ غَيْرَهَا عَتَقَتْ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: كَاتَبْتَنِي عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ أُعْطِيَهَا مِنْ مَالِ فَلَانٍ»^(٣). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمهما الله. وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْإِجَارَةِ كَمَا تَرَى.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمهما الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُونُسَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: أَنَّهَا لَا تَجُوزُ وَإِنْ أَجَازَ - أَي: صَاحِبُ الْعَبْدِ -، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ رحمهما الله: الْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِنْ أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ جَازَتْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ». إِلَى هَذَا لَفْظُ كِتَابِ «التَّقْرِيبِ».

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «لَج»، «وَلَع»، «وَس».

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٥٢].

(٣) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٣].

الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لِغَيْرِهِ جَازٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ الْحَسَنُ رضي الله عنه أَنَّهُ يَجُوزُ ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ

غَايَةُ الْبَيَانِ

يَعْنِي : أَنَّ الْكِتَابَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ .

وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه فِي عَدَمِ الْجَوَازِ : إِذَا لَمْ يُجْزَ صَاحِبُ الْعَبْدِ ظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ كَاتِبُهُ عَلَى مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَرْضَ بِثَبُوتِ حُرِّيَّةِ الْيَدِ لِلْعَبْدِ فِي الْحَالِ مِنْ غَيْرِ بَدْلِ يُلْزَمُهُ فِي الْحَالِ .

أَمَّا إِذَا أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ : فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ، قَالَ الْعَتَّابِيُّ رضي الله عنه فِي «شرح الجامع الصغير» : «فَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَى ذَلِكَ الْعَبْدَ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ وَأَدَّى ، أَوْ أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ تَسْلِيمَهُ ، فِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ : يَغْتَقُ ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ : لَا يَغْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ وَقَعَتْ بَاطِلَةً ، وَالْبَاطِلُ لَا حُكْمَ لَهُ إِلَّا إِذَا ذَكَرَ التَّعْلِيلَ بِأَنْ قَالَ : كَاتِبْتُكَ عَلَى عَبْدٍ فَلَانِ ، عَلَى أَنَّكَ إِنْ أَدَيْتَهُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَحِينَئِذٍ يَغْتَقُ بِحُكْمِ التَّعْلِيلِ إِذَا أَدَّى ^(١)» .

بَيَانُهُ : أَنَّ الْإِجَازَةَ إِذَا لَحِقَتْ الْعَقْدَ مِلْكَ الْمُكَاتَّبِ ، ثُمَّ مَلَكَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، وَتَصِيرُ الْكِتَابَةُ فِيهِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، كَأَنَّهُ كَاتِبُهُ عَلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى مَالِ الْمَوْلَى لَا تَجُوزُ ، كَالْمَأْذُونِ ^(٢) [٥٣٦/٢] إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَكَاتِبَهُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا بَاعَ دَارَهُ بِمِلْكِ الْغَيْرِ ، فَأَجَازَ الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ يَمْلِكُهَا الْمُشْتَرِي وَهُوَ حُرٌّ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ الْبَائِعُ مِنْ جِهَتِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا يَسْتَحَقُّهَا وَهُوَ مُكَاتَّبٌ ، فَلَا يَمْلِكُهَا ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَوْلَى ، فَيَصِيرُ كَمَنْ كَاتَبَ

(١) لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ التَّزَمَ بِقَبُولِ الْكِتَابَةِ : تَسْلِيمَ الْبَدْلِ ، وَالتَّزَامُهُ بِتَسْلِيمِ مِلْكِ الْغَيْرِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ نَحْتُ قُدْرَتَهُ ، وَلَا فِي ثَانِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ النِّقْدِ فَإِنَّهُ يُلْزَمُهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَهُ وِلَايَةٌ عَلَى ذِمَّتِهِ فِي الْإِلْتِزَامِ وَقُدْرَةٍ عَلَى الْأَدَاءِ بِمَا هُوَ مُوجِبُ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ مِلْكُ الْعَبْدِ فِي الْمَكَاسِبِ . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : «ج» ، وَ«م» ، وَ«س» .

(٢) مَسْأَلَةُ الْمَأْذُونِ ذَكَرَهَا الْقُدُورِيُّ فِي : «التَّقْرِيبِ» . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : «ج» ، وَ«م» ، وَ«س» ، وَ«ن» .

وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

على مِلْكٍ نَفْسِهِ .

وَجْهٌ رَوَايَةِ الْجَوَازِ : أَنَّهَا كِتَابَةٌ عَلَى بَدَلٍ مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مِثْلَ هَذَا فِي الْبَيْعِ جَازَ الْبَيْعُ ، فَإِنَّ مَنْ بَاعَ مَالَهُ مِنْ إِنْسَانٍ بَعْدَ غَيْرِهِ إِذَا أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ الْبَيْعَ جَازَ الْبَيْعُ ، فَالْكِتَابَةُ بَعْدَ الْغَيْرِ أَوْلَى أَنْ [١/٣٦٧/٦] تَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ أَقْرَبُ إِلَى الْجَوَازِ مِنَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَبْدِ إِذَا أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ ، فَيُسَلَّمُ الْعَبْدُ إِلَى الْمَوْلَى وَيُعْتَقُ ، ثُمَّ يَضْمَنُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ لَصَاحِبِ الْعَبْدِ .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» : «لَوْ أَجَازَ صَاحِبُ ذَلِكَ الشَّيْءِ هَلْ تَجُوزُ الْكِتَابَةُ ؟ قَالَ : الرِّوَايَةُ عَنْ عُلَمَائِنَا رحمهم الله فِي هَذَا مُشْتَبِهَةٌ ، فَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ : تَجُوزُ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَجُوزُ . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفَقِيهِ رحمته الله .

وَوَجْهٌ : مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله : وَهُوَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ يَجُوزُ ، سِوَاءَ أَجَازَ صَاحِبُ ذَلِكَ الْمَالِ أَوْ لَمْ يُجِزْ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ تِلْكَ الْعَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ الْقِيَمَةِ ؛ أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْعَتَقِ ، فَجَازَ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ كَالْعَتَقِ عَلَى مَالٍ .

وَوَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته الله : أَنَّ مِلْكَ الْغَيْرِ يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ ، فَإِنْ وُجِدَ الْإِجَازَةُ جَازَ وَإِلَّا فَلَا ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ لَمَّا جَازَ عِنْدَ الْإِجَازَةِ فَالْكِتَابَةُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تُفْسِدُهَا الشَّرْطُ ، فَصَارَتْ كَالْتَزْوِيجِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ .

وَهَذَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ وَهُوَ عَيْنٌ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَيْنًا ، كَمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفِ فَلَانٍ هَذِهِ ؛ جَازَتْ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الدِّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنَانِ فِي عَقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ ، فَصَارَ ذِكْرُهَا لِلتَّقْدِيرِ بِهَا جَنْسًا وَوُضْعًا ، فَإِنْ أَدَّتْ تِلْكَ الْأَلْفَ أَوْ أَلْفًا أُخْرَى عَتَقَتْ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : كَاتِبْنِي عَلَى دَرَاهِمٍ عَلَى أَنْ أُعْطِيكَهَا مِنْ مَالِ فَلَانٍ ؛

فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ .

قُلْنَا: الْعَيْنُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصَّحَّةِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَحْتَمِلُ الْفُسْخَ كَمَا فِي الْبَيْعِ ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أُولَى . فَلَوْ أَجَازَ صَاحِبُ الْعَيْنِ ذَلِكَ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْبَيْعُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ فَالْكِتَابَةُ أُولَى .

غَايَةُ الْبَيَانِ

لَأَنَّ هَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ ، فَلَا تَفْسُدُ بِهِ الْكِتَابَةُ .

قَوْلُهُ: (فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ) ، أَي: أَشْبَهَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ مِنْ مَالٍ الْغَيْرِ صَدَاقَ الْمَرْأَةِ مِنْ مَالٍ الْغَيْرِ .

يَعْنِي: إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مَالٍ الْغَيْرِ جَازَ ، حَتَّى إِنْ صَاحَبَ الْمَالِ إِذَا لَمْ يُجْزَ كَانَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَرْجِعَ عَلَى الزَّوْجِ بِقِيَمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، وَلَوْ كَانَ التَّسْمِيَةُ فَاسِدَةً لَرَجَعَتْ عَلَيْهِ بِمَهْرِ الْمَثَلِ لَا بِالْقِيَمَةِ ، فَكَذَا فِي الْكِتَابَةِ عَلَى مَالٍ الْغَيْرِ ، فَكَانَ تَوْهْمُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ كَافِيًا فِي الصَّدَاقِ ، فَكَذَا فِي الْكِتَابَةِ .

وَالْجَامِعُ: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالصَّدَاقِ عِوَضٌ مَا لَيْسَ بِمَالٍ .

وَالْجَوَابُ عَنْ هَذَا: أَنَّ الْعَيْنَ فِي بَابِ الْمُعَاوَضَاتِ تُعْتَبَرُ مَعْقُودًا عَلَيْهَا ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ صَحَّةِ الْعَقْدِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُ الْآبِقِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْفُسْخَ ، [كَالْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ تَحْتَمِلُ الْفُسْخَ] ^(١) ، فَكَانَ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَيْنِ شَرْطًا ، وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ عَبْدٍ الْغَيْرِ ، فَلَمْ تَجْزِ الْكِتَابَةُ .

بِخِلَافِ الصَّدَاقِ عَلَى مَالٍ الْغَيْرِ ، فَإِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ اِعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمَكَاسِبِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ فِي بَابِ النِّكَاحِ عَلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ - وَهُوَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ - لَيْسَ بِشَرْطٍ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَ رَضِيعَةً [٣٦٧/٦ م] جَازَ، فَعَلَى مَا هُوَ فَضْلُهُ وَتَابِعُ أَوْلَى أَلَّا تَكُونَ شَرْطًا، وَهُوَ الصَّدَاقُ، أَلَّا تَرَى أَنَّ النِّكَاحَ بِلَا ذِكْرِ الصَّدَاقِ يَصَحُّ، وَالْكِتَابَةُ بِلَا ذِكْرِ الْبَدْلِ لَا تَصَحُّ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ.

قَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله [٥٣٧/٢]: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ)، أَي: وَإِنْ أَجَازَ صَاحِبُ الْعَبْدِ^(١)، وَهُوَ رَوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُونُسَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ)، أَي: فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعِيْنِهِ لغيرِهِ؛ لَمْ يَجْزُ)؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ، فَكَانَ شَامِلًا لِلْإِجَازَةِ وَعَدَمِ الْإِجَازَةِ.

قَوْلُهُ: (وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا)، أَي: بَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يُجْزَ صَاحِبُ الْعَبْدِ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، وَبَيْنَ مَا إِذَا أَجَازَ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا.

بَيَانُ الْجَامِعِ: أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ عَلَى مَالٍ الْغَيْرِ إِذَا كَانَ عَيْنًا لَا يُفِيدُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ مِنْ قَبْلِ أَنْ الْكِتَابَةُ وَضِعَتْ عَلَى وَجْهِ يَخْتَصُّ الْعَبْدَ بِالْأَكْسَابِ، فَيُثْبِتُ حُرِّيَّةَ الْيَدِ فِي الْحَالِ، وَتَتَأَخَّرُ حُرِّيَّةُ الرَّقَبَةِ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ مِنْ مَالٍ اكْتَسَبَهُ، وَالْبَدْلُ إِذَا كَانَ مُعَيْنًا لَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنْ مَالٍ اكْتَسَبَهُ، فَلَا يُخْتِاجُ حِينَئِذٍ إِلَى أَدَاءِ الْبَدْلِ مِنَ الْمَكَاسِبِ، فَلَا يَكُونُ الشَّرْطُ مُفِيدًا.

وَالْتَحْقِيقُ هُنَا: مَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا مِنْ قَبْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّهَا)، أَي: لِأَنَّ الْكِتَابَةَ (مِنْهَا)، أَي: مِنَ الْمَكَاسِبِ، (وَلَا حَاجَةَ)،

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «صَاحِبُ الْيَدِ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

لِلْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ مِنْهَا وَلَا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْبَدْلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله أَنَّهُ يَجُوزُ ، أَجَازَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُجَزْ ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهِ مَالًا . وَلَوْ مَلَكَ الْمَكَاتِبُ ذَلِكَ الْعَيْنَ ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لَا يُعْتَقُ ، وَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ : إِذَا أَدَّيْتُ ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله . [١٢٦/ط] وَعَنْهُ أَنَّهُ : يُعْتَقُ ، قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ ،

غاية البيان

أي : إلى الأداء من المكاسب .

قوله : (وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ) ، أي : وَضِعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْبَدْلُ مُعَيَّنًا .

قوله : (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) ، أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ : (وَمُرَادُهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ) ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالثَّوبِ ، وَالمَكِيلِ ، وَالمُوزُونِ ، سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ .

قوله : (وَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ : إِذَا أَدَّيْتُ ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ) ، أَشَارَ بِهِ الرَّوَايَةِ إِلَى مَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لَا يُعْتَقُ ، يَعْنِي : إِذَا أَدَّى الْمَكَاتِبُ تِلْكَ الْعَيْنَ الَّتِي لِلْغَيْرِ إِذَا مَلَكَهَا بَعْدَمَا كُتِبَ عَلَيْهَا .

قوله : (وَعَنْهُ أَنَّهُ : يُعْتَقُ ، قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ) ، أي : رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله أَنَّهُ قَالَ : [يُعْتَقُ] ^(١) ، يَعْنِي : إِذَا أَدَّى تِلْكَ الْعَيْنَ بَعْدَمَا مَلَكَهَا بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ ، سِوَا مَا قَالَ لَهُ الْمَوْلَى : إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ لَمْ يَقُلْ ، كَمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرِ فَأَدَّاهَا .

(١) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

لَأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الْفَسَادِ لِكَوْنِ الْمُسَمَّى مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْمَشْرُوطِ .

وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ ؛ فَفِيهِ رَوَاتَانِ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الْأَصْلِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرَّوَاتَيْنِ فِي : « كِفَايَةِ الْمُنتَهَى » .

غاية البيان

قَوْلُهُ : (وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ ؛ فَفِيهِ رَوَاتَانِ) .

قَالَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله فِي « شَرْحِ الْكَافِي » : « وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ كَسْبِهِ ، هَلْ تَصَحُّ الْكِتَابَةُ ؟ لَمْ يَذْكُرْ هَذَا فِي الْكِتَابِ » ، بَعْثِي : لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ رحمته الله حُكْمَ ذَلِكَ فِي « كِتَابِ الْمُكَاتَبِ » . ثُمَّ قَالَ : « وَذَكَرَ فِي « كِتَابِ الشَّرْبِ » : أَنَّهُ جَائِزٌ » .

ثُمَّ قَالَ : « وَرَوِيَ عَنْ زُفَرٍ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، وَرَوِيَ هَكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يَوْسَفَ رحمته الله فِي رَوَايَةٍ » .

ثُمَّ قَالَ : « وَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَجُوزُ ، وَإِذَا أَدَّى يَغْتِقُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ قَادِرًا عَلَى أَدَائِهِ ، وَيُضْلَحُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ ذَلِكَ الْعَيْنَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ - وَهُوَ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ كَسْبِهِ - فَقَدْ جَعَلَهُ أَحَقَّ بِنَفْسِهِ ، فَيَصِيرُ فِي مَعْنَى كَسْبِهِ [٣٦٨/٦ م] الَّذِي اكْتَسَبَهُ بَعْدَ الْعِتَاقِ » .

قَوْلُهُ : (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ) ، أَشَارَ بِهَا إِلَى مَا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا بِقَوْلِهِ : (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ ؛ لَمْ يَجُزْ) ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَوَاهُ الْحَسَنُ رحمته الله - : أَنَّهُ يَجُوزُ ، وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الرَّوَاتَيْنِ ثَمَّةً ^(١) .

قَوْلُهُ : (وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الرَّوَاتَيْنِ فِي « كِفَايَةِ الْمُنتَهَى ») .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : « الرَّوَاتَيْنِ عَنْهُ » . وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : « ن » ، « م » ، « ج » ، « غ » ، « ل » .

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مِئَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَى عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ الْمِئَةُ الدِّينَارِ عَلَى قِيَمَةِ الْمُكَاتَبِ، وَقِيَمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، وَتَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ الْعَبْدِ، وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَيَنْصَرَفُ إِلَى الْوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَتْنَى مِنْهُ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي إِبْدَالِ الْعُقُودِ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

وَجْهٌ رَوَايَةِ الْجَوَازِ: أَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ، وَوَجْهٌ رَوَايَةِ عَدَمِ الْجَوَازِ: أَنَّ الْمَوْلَى كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى مَالٍ نَفْسِهِ، فَافْهَمُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مِئَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَى عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ).

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ: هِيَ جَائِزَةٌ.

وَيُقَسَّمُ الْمِئَةُ الدِّينَارِ عَلَى قِيَمَةِ الْمُكَاتَبِ، وَقِيَمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، وَتَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ الْعَبْدِ، وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ، عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَى وَصِيفًا وَسَطًا؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ: جَائِزَةٌ، وَيُحِطُّ عَنِ الْمُكَاتَبِ حِصَّةُ قِيَمَةِ وَصِيفٍ وَسَطٍ، وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي غَيْرِ عَبْدٍ بَعَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا جَارَتْ الْكِتَابَةُ بِالْإِتْفَاقِ».

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ: أَنَّهُ جَعَلَ الْمِئَةَ بَدَلًا عَنِ الْكِتَابَةِ، ثُمَّ اسْتَتْنَى الْعَبْدَ عَنِ الْبَدَلِ، وَكُلُّ مَا صَحَّ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ؛ لِأَنَّ مَا صَحَّ بَدَلًا فِي الْمُعَاوَضَاتِ؛ صَحَّ مُسْتَتْنَى كَالدِّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ، وَالْعَبْدُ الْمُطْلَقُ تَصَحُّ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ، وَيَنْصَرَفُ^(٢) إِلَى الْوَسَطِ، فَلِذَا صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٢].

(٢) وقع بالأصل: «ويتصرف». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُسْتَتْنَى الْعَبْدُ مِنَ الدَّنَائِرِ، وَإِنَّمَا يُسْتَتْنَى قِيمَتُهُ، وَالْقِيمَةُ لَا تَصْلُحُ بَدَلًا فَكَذَلِكَ مُسْتَتْنَى.

غاية البيان

غاية ما في الباب: أَنَّ فِي الْعَبْدِ جِهَالَةَ الْوَصْفِ، أَنَّهُ جَيِّدٌ، أَوْ رَدِيءٌ، أَوْ وَسْطٌ، وَجِهَالَةُ الْوَصْفِ تُتَحَمَّلُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْمَسَاهَلَةِ، وَصَارَ كَمَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ عَبْدًا بَعِيْنَهُ، فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ؛ تَبْطُلُ حِصَّةُ الْعَبْدِ دُونَ الْكِتَابَةِ^(١).

ولهما: أَنَّ الْمَوْلَى جَعَلَ بِمُقَابَلَةِ الدِّينَارِ شَيْئَيْنِ: رَقَبَةَ الْمُكَاتَبِ، وَرَقَبَةَ عَبْدٍ آخَرَ، وَالْبَدْلُ الْوَاحِدُ إِذَا قُوبِلَ بِشَيْئَيْنِ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَمَا أَصَابَ حِصَّةَ الْعَبْدِ مِنَ الدِّينَارِ يَسْقُطُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعًا، وَيَبْعُ عَبْدٌ بغيرِ عَيْنِهِ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّلَمِ فِي الْحَيَوَانِ، وَهُوَ فَاسِدٌ لِكَوْنِهِ مَجْهُولًا؛ وَلِأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ وَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا بَقِيَ مِنَ الْمِئَةِ بِحِصَّةِ الْمُكَاتَبِ مَجْهُولٌ جِهَالَةُ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْرَفُ^(٢) إِلَّا بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ.

وجِهَالَةُ الْقَدْرِ مانعةٌ لَصَحَّةِ الْكِتَابَةِ فَفَسَدَتْ، كَمَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ ابْتِدَاءً، وَكَمَا لَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى حِصَّتِكَ مِنَ الْمِئَةِ الدِّينَارِ، لَوْ قُسِمَتْ عَلَيْكَ، وَعَلَى عَبْدٍ آخَرَ؛ فَذَلِكَ فَاسِدٌ بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ؛ لِأَنَّهَا جِهَالَةُ الْوَصْفِ لَا جِهَالَةُ الْقَدْرِ، وَجِهَالَةُ الْوَصْفِ لَا تَمْنَعُ [١/٣٦٨ ظ/م] صَحَّةَ الْكِتَابَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَاتَبَهُ وَعَبْدٌ فَلَانٍ عَلَى أَلْفٍ، فَلَمْ يُجَزَّ فَلَانٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا فِيهِمَا، وَإِنَّمَا خَرَجَ فِي عَبْدٍ الْغَيْرِ لِعَدَمِ الْإِجَازَةِ، وَبِخِلَافِ مَا قَاسَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ثَمَّةَ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ، ثُمَّ بَطَلَتْ بِالْإِسْتِحْقَاقِ فِي حِصَّةِ الْمُسْتَحَقِّ.

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص ٥٢٥]، وللبزدوي [ق/٣٣٦]، ولقاضيخان [ق/٢٢٢].

(٢) وقع بالأصل: «يصرف». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ؛ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ مَعْنَاهُ: أَنْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ وَلَا يُبَيِّنَ النَّوعَ وَالصِّفَةَ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْقِيَمَةِ

غاية البيان

نظيره: مَا لَوْ اشْتَرَى حُرًّا وَعَبْدًا بِالْفِ، لَا يَجُوزُ فِي حَصَّةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ بَيَّعَ بِالْحَصَّةِ ابْتِدَاءً، فَكَذَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَاسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا بَقِيَّ الْعَقْدِ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ بَيَّعَ بِالْحَصَّةِ بَقَاءً لَا ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَانَ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ، فَخَرَجَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ.

وَقَوْلُهُ: مَا صَحَّ بَدَلًا صَحَّ مُسْتَثْنَى، فَتَقُولُ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ، وَلَكِنْ لَا يَصَحُّ اسْتِثْنَاءُ الْوَصِيفِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَإِنَّمَا يَصَحُّ اسْتِثْنَاءُهُ بِقِيَمَتِهِ، وَالْقِيَمَةُ مَجْهُولَةٌ الْقَدْرِ، فَيُوجِبُ جَهَالَةَ الْقَدْرِ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ جَهَالَةَ قَدْرِ الْمُسْتَثْنَى تُوجِبُ جَهَالَةَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ لَا مُحَالَةً.

وَجَهَالَةُ الْقَدْرِ غَيْرُ مُحْتَمَلَةٍ؛ لِأَنَّهَا جَهَالَةٌ فِي الْأَصْلِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ جَعَلَ الْعَبْدَ بَدَلًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ جَهَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّهُ جَيِّدٌ أَوْ رَدِيٌّ أَوْ وَسْطٌ، وَجَهَالَةُ الْوَصْفِ لَيْسَتْ فِي الْأَصْلِ، فَتُحْمَلَتْ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ؛ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ)، أَيُ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»^(٢): (وَمَعْنَاهُ: أَنْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ، وَلَا يُبَيِّنَ النَّوعَ وَالصِّفَةَ).

يَعْنِي: إِنَّمَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ إِذَا بَيَّنَّ الْجِنْسَ. أَيُ: النَّوعَ، كَالْفَرَسِ وَالْعَبْدِ مَثَلًا، وَلَمْ يُبَيِّنْ نَوْعًا مِنْ ذَلِكَ النَّوعِ، حَيْثُ لَمْ يَقُلْ: فَرَسٌ بَرَذُونٌ أَوْ عَرَبِيٌّ، وَلَمْ يَقُلْ: عَبْدٌ تُرْكِيٌّ أَوْ حَبَشِيٌّ، وَلَمْ يُبَيِّنِ الصِّفَةَ أَيْضًا، حَيْثُ لَمْ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

غاية البيان

يَقُلْ: جَيْدٌ أَوْ رَدِيٌّ أَوْ وَسْطٌ، فَتَنْعَقِدُ [٥٣٨/٢] الْكِتَابَةُ وَتَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: لَا يَجُوزُ^(١).

أَرَادَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» بِالْجِنْسِ: مَا أَرَادَهُ أَهْلُ النَّحْوِ، وَهُوَ: مَا عُلقَ عَلَى شَيْءٍ لَا بَعِيْنَهُ، وَإِلَّا فَالْفَرَسُ وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِجِنْسٍ^(٢)، وَقَدْ مَرَّ تَمَامُ الْبَيَانِ فِي بَابِ الْمَهْرِ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، أَمَّا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ أَوْ دَابَّةٍ؛ لَا تَنْعَقِدُ الْكِتَابَةُ لَتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ فِي الْبَدَلِ.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي بَابِ الْكِتَابَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى عَبْدٍ مُؤَجَّلٍ، قَالَ: هُوَ جَائِزٌ، فَكَذَلِكَ لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى وَصِيفٍ اسْتَحْسَانًا، وَقِيَمَةُ الْوَصِيفِ أَرْبَعُونَ دِينَارًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ رحمته الله: عَلَى قَدْرِ الْغَلَاءِ وَالرُّخْصِ، فَإِنْ جَاءَ بِوَصِيفٍ وَسْطٍ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ؛ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ؛ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يُبَيِّنَ الْجِنْسَ^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته الله.

وَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: أَنْ عَقَدَ الْمُكَاتَبَةُ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ، وَالْجَهَالَةُ فِيهَا مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ، فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ مَعَ الْجَهَالَةِ كَالْبَيْعِ.

[٣٦٩/١م] وَلَنَا: أَنَّ الْبَدَلَ بَعْدَ بَيَانِ نَوْعِ الْحَيَوَانِ، وَإِنْ بَقِيَ فِيهِ نَوْعٌ جَهَالَةٌ جَهَالَتُهُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ بِتَحْكِيمِ الْوَسْطِ، فَيَتَحَمَّلُ هَذِهِ الْجَهَالَةُ كَالْجَهَالَةِ فِي الْأَجَلِ،

(١) يَنْظُرُ: «الْأَم» لِلشَّافِعِيِّ [٣٦٨/٩]، وَ«الْحَاوِي الْكَبِير» لِلْمَوْرِدِيِّ [١٥٤/١٨]، وَ«التَّهْذِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» لِلْبَغَوِيِّ [١٤٣/٢].

(٢) بَلْ هُوَ نَوْعٌ. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «س».

(٣) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١٠٣/ق].

وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ .

أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيَّنَّ الْجِنْسُ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: دَابَّةٌ . لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً فَيَتَفَاحَشُ الْجَهَالَةُ ، وَإِذَا بَيَّنَّ الْجِنْسَ كَالْعَبْدِ وَالْوَصِيفِ فَالْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ ، وَمِثْلُهَا يَتَحَمَّلُ فِي الْكِتَابَةِ فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ الْبَدَلِ بِجَهَالَةِ الْأَجَلِ فِيهِ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ، وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا: أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ ، لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يَسْقُطُ الْمِلْكُ

غاية البيان

كَمَا إِذَا قَالَ: كَاتِبُكَ عَلَى أَلْفٍ إِلَى الْحَصَادِ أَوْ الدِّيَّاسِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْمُكَاتَبَةِ مَبْنَاهُ عَلَى الْمَسَامَحَةِ ، لَا الْمُضَايِقَةِ ، لِأَنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّ الشِّرَاءَ بَعْدُ أَوْ قَرَسٍ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمُضَايِقَةِ وَالْمُمَاكَسَةِ .

ثُمَّ قِيَمَةُ الْوَسْطِ أَرْبَعُونَ دِينَارًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَعِنْدَهُمَا: يُعْتَبَرُ الرُّخْصُ وَالْغَلَاءُ ^(١) .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «قِيلَ: التَّقْدِيرُ كَانَ فِي زَمَنِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ؛ لِأَنَّ الْأَسْعَارَ كَانَتْ مُسْتَقَرَّةً ، وَفِي زَمَانِهِمَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً ، فَعِنْدَ الْإِسْتِقْرَارِ يُحَكَّمُ الْعُرْفُ ، وَعِنْدَ الْاضْطِرَابِ يُرَاعَى قِيَمَةُ الْوَسْطِ .

فَإِنْ جَاءَ بِوَصِيفٍ وَسْطٍ أَوْ بِقِيَمَتِهِ ؛ أُجِبَ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَيْنِ وَالْقِيَمَةِ: أَضَلُّ ، الْعَيْنُ: بِاعْتِبَارِ التَّسْمِيَةِ ، وَالْقِيَمَةُ: بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْوَسْطَ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِهَا ، فَصَارَتْ أَصْلًا مِنْ حَيْثُ الْإِيْفَاءُ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ فِي النِّكَاحِ .

قَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) ، أَي: فِي بَابِ الْمَهْرِ .

قَوْلُهُ: (وَلَنَا: أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ ، لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يَسْقُطُ الْمِلْكُ

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٢/٢٨٤] ، «الإيضاح» [ق/٦٩] .

فِيهِ . فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُثْبِتُ عَلَى الْمُسَامَحَةِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُمَّاكَسَةِ .

قَالَ : وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ مَعْنَاهُ : إِذَا كَانَ

غَايَةِ الْبَيَانِ

فِيهِ . فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ) ، يَعْنِي : أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَهُوَ فَكُّ الْحَجَرِ ، وَهَذَا بِالنَّظَرِ إِلَى جَانِبِ الْعَبْدِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْعَبْدُ أَوْ الْفَرَسُ فِي الذِّمَّةِ بَدَلًا عَمَّا لَيْسَ بِمَالٍ ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ أَوْ فَرَسٍ ، أَوْ هُوَ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ بِالنَّظَرِ إِلَى جَانِبِ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يُخْرَجُ عَنْ مِلْكِ الْمَوْلَى بِالْبَدْلِ ، وَرَقْبَتُهُ مَالٌ لَكِنْ عَلَى وَجْهِ الْإِسْقَاطِ ، لَا الْإِثْبَاتِ ؛ لِأَنَّ شَيْئًا مِنَ الْمَالِ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُكَاتَبِ ، كَحَصُولِ الْبُضْعِ لِلْمَرْأَةِ فِي الْخُلْعِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَيْضًا مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى ، فَتَحُمِّلَتِ الْجَهَالَةُ الْيَسِيرَةُ ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ عَلَى طَرْدِ كَلَامِ صَاحِبِ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله ، وَلَنَا فِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ قَاسَ عَلَى النِّكَاحِ .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : لَا تَصَحُّ تَسْمِيَةُ الْعَبْدِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا ، بَلْ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ مَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ ؛ لَا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ ؛ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَاوَضَةٌ ، [وَلَوْ لَمْ يَقْسُ عَلَى النِّكَاحِ ، وَقَالَ : مُعَاوَضَةٌ] ^(١) مَالٍ بِمَالٍ ، وَكَانَ التَّزَامُ الْمَالِ ابْتِدَاءً ، فَصَحَّ بِالْجَهَالَةِ الْمُسْتَدْرَكَةِ كَالْإِقْرَارِ بِعَبْدٍ كَانَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ ^(٢) بِهَذَا [٥٣٨ ٢] التَّعْلِيلِ يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَالْكِتَابَةُ جَمِيعًا .

وَالْمُمَّاكَسَةُ : الْمَجَادَلَةُ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ) ، أَي : قَالَ

فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(٣) .

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «هَذَا» . وَالْمَثْبُتُ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٣) يَنْظُرُ : «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ / مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٥٣] .

مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرٌ ، لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِّ فِي حَقِّنَا وَأَيُّهُمَا
أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيَمَةُ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكُهَا ،
وَفِي التَّسْلِيمِ ذَلِكَ إِذَا الْخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيُعْجَزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْبَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ
قِيَمَتُهَا ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الدَّمِيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يَفْسُدُ

﴿ هَاجَةُ الْبَيَان ﴾

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله : (مَعْنَاهُ : إِذَا كَانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرًا) .
وَمَا كَانَ يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا التَّفْسِيرِ لَوْ أَتَى بِلَفْظِ مُحَمَّدٍ رحمته الله كَمَا هُوَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي
أَصْلِ «الْجَامِعِ» [١/٣٦٩/١] الصَّغِيرِ : «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فِي رَجُلٍ
نَصْرَانِيٍّ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ نَصْرَانِيًّا عَلَى أَرْطَالِ خَمْرٍ ، قَالَ : الْمُكَاتَبَةُ جَائِزَةٌ .

فَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَطَلَتْ الْخَمْرُ ، وَكَانَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْخَمْرِ ، وَالْمُكَاتَبَةُ
صَحِيحَةً ، فَإِذَا أَدَّاهَا عَتَقَ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ
الْخَمْرَ فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ كَالْخَلِّ عِنْدَنَا ، فَجَازَتْ الْكِتَابَةُ بِهَا إِذَا كَانَ
قَدْرُهَا مَعْلُومًا ، فَإِنْ أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا ؛ بَقِيَتْ الْكِتَابَةُ جَائِزَةً ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ
الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ عَيْنِ الْخَمْرِ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ
تَمْلِكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكُهَا ، فَإِذَا امْتَنَعَ تَمْلِكُ عَيْنِهَا وَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّ
الْقِيَمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الْكِتَابَةِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى عَبْدٍ ، فَجَاءَ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ ؛ أُجْبِرَ الْمَوْلَى
عَلَى الْقَبُولِ ، فَإِذَا كَانَتْ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الْكِتَابَةِ أُمِّكَنْ تَبْقِيَةُ الْكِتَابَةِ ، فَبَقِيَتْ ، فَصِيرَ
إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا أَدَّى الْقِيَمَةَ عَتَقَ ، وَإِذَا أَدَّى عَيْنَ الْخَمْرِ هَلْ يَغْتَقُ ؟

قَالُوا : لَا ؛ لِأَنَّ ^(٢) الْكِتَابَةَ فِيهَا مَعْنَى التَّعْلِيْقِ ، وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ الْقِيَمَةِ ،
وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّ أَحَدَ الْعَاقِدَيْنِ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ قَبْضِ الْخَمْرِ وَهِيَ ثَمَنٌ ؛ بَطَلَ

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «لا ؛ لأن». والمثبت من: «ن»، «لام»، «ج»، «غ»، «س».

الْبَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ ، لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الْكِتَابَةِ فِي الْجُمْلَةِ ، فَإِنَّهُ لَوْ [١٢٧/١] كَاتَبَ عَلَى وَصِيفٍ وَأَتَى بِالْقِيَمَةِ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَنْقَى الْعَقْدُ عَلَى الْقِيَمَةِ ، أَمَّا الْبَيْعُ لَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى الْقِيَمَةِ فَافْتَرَقَا .

غاية البيان

الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ ثَمَّةً تَبْقِيَةُ الْبَيْعِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُمَّاكَسَةٌ ، وَالْبَيْعُ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَى قِيَمَةِ الْمَبِيعِ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ ، بخلافِ الْكِتَابَةِ ، فَافْتَرَقَا ، فَإِذَا عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ عَيْنِ الْخَمْرِ بِالْإِسْلَامِ ؛ انْتَقَضَ الْبَيْعُ لَا مُحَالَةً .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» فِي بَابِ كِتَابَةِ أَهْلِ الْكُفْرِ : «ذِمِّيٌّ ابْتَاعَ عَبْدًا مُسْلِمًا فَكَاتَبَهُ ، قَالَ : هُوَ جَائِزٌ ، وَلَا يُرَدُّ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَخْلِيصَهُ بِإِزَالَةِ يَدِهِ عَنِ الْمُسْلِمِ ؛ لِيَنْدَفِعَ الْقَهْرُ وَالذُّلُّ عَنْهُ ، وَبِالْكِتَابَةِ يَخْصُلُ هَذَا الْمَعْنَى .

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ ، فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا عَمَّا هُوَ مُتَقَوِّمٌ كَمَا فِي الْبَيْعِ ، فَإِذَا أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْعَقَدَتْ بِوَصْفِ الْفُسَادِ ، وَانْدَرَجَ فِيهَا مَعْنَى التَّعْلِيْقِ ، فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ مُوجِبًا لِلتَّعْلِيْقِ ، وَيُؤَاخِذُ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ تُوجِبُ الْقِيَمَةَ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

وكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمَوْلَى هُوَ الْمُسْلِمُ لَمْ تَصِحَّ الْكِتَابَةُ عَلَى الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ تَمَلُّكِ الْخَمْرِ .

ذِمِّيٌّ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ ^(١) كَافِرًا عَلَى خَمْرٍ قَالَ : هُوَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ فِي حَقِّهِمَا ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ ، قَالَ : الْمُكَاتَبَةُ جَائِزَةٌ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ التَّسْلِيمُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ ، وَالْعَقْدُ الْمَقْتَضِي لِلتَّسْلِيمِ قَائِمٌ ، فَيُصَارُ إِلَى الْقِيَمَةِ .

(١) وقع بالأصل : «عبد» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

قَالَ: وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ الْعَوَاضِينَ إِلَى الْمَوْلَى سَلَّمَ الْعِوَضَ الْآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذَلِكَ بِالْعَتَقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تَجُزِ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْإِتِمَامِ

غاية البيان

وإن كاتبه على ميتة، أو دم لم يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَةَ وَالدَّمَ لَيْسَا بِمَالٍ، فَلَا تَنْعَقِدُ بِهِمَا الْكِتَابَةُ، وَإِنْ أَدَّى مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَعْتَقْ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ وَجَدَ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَوْلَى قَالَ فِي الْكِتَابَةِ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ. ثُمَّ أَدَاهُ وَقَبِلَهُ السَّيِّدُ، فَيَعْتَقُ [٣٧٠/٦م] بقوله: أَنْتَ حُرٌّ، وَلَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ.

يُرِيدُ بِهِ: أَنَّهُ يَعْتَقُ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ، لَا بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ مَيِّتَةً فَأَنْتَ حُرٌّ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ حَصَلَ بِقَضِيَةِ التَّعْلِيقِ، لَا بِقَضِيَةِ الْمُعَاوَضَةِ.

ثُمَّ أَعْلَمَ: أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ عَيْنِ الْخَمْرِ بِالْإِسْلَامِ؛ لَا تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ [٥٣٩/٢]، وَتَنْتَقِلُ إِلَى الْقِيَمَةِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الطحاوي»: «وَرُويَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله أَنَّهُ قَالَ: تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ [مَا] ^(١) وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ عَجَزَ نَفْسَهُ» ^(٢).

قَوْلُهُ: (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ)، أَيُّ: إِذَا قَبَضَ الْمَوْلَى قِيَمَةَ الْخَمْرِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا عَتَقَ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ لَفْظُ الصِّدْرِ الشَّهِيدِ فِي «الجامع الصغير» ^(٣)، أَمَّا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمته الله: «وَإِذَا أَدَاهَا عَتَقَ»، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيِّ [٤٥٥/ق].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصِّدْرِ الشَّهِيدِ [ص ٥٣٠].

الْخَمْرِ ، وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ .

غاية البيان

قوله: (وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ) ، أي: لو أدَّى عينَ الخمرِ عتقَ أيضاً فيما إذا أسلمَ أحدهما؛ لأنَّ في الكِتَابَةِ معنى التعليقِ ، وبه صرَّحَ قاضي خان رحمته الله في شرحه لـ «الجامع الصغير»^(١) ، وقد ظنَّ بعضهم في «شرحِه»: أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ ، وَقَدْ تَكَلَّفَ بِالسُّؤَالِ وَالْجَوَابِ ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ .

قوله: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) ، إشارةٌ إلى ما ذكرَ في أوَّلِ هذا الفصلِ بقوله: (فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ ، وَقَالَ زُفَرٌ رحمته الله)^(٢): لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ ، وفيه رواياتٌ ذَكَرْنَاهَا عَنْ «العيون» ثَمَّةً .

واللهُ أعلمُ .



(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٣] .

(٢) وقع بالأصل: «وَقَالَ مُحَمَّدٌ» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» . وهو الموافق لِمَا وَقَعَ فِي: «الهداية» .

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ الْبَيْعُ، وَالشِّرَاءُ، وَالسَّفَرُ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلِكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصَرُّفِ مُسْتَبَدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الْحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ؛

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

لَمَّا فَرَّغَ عَنْ بَيَانِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ وَالْفَاسِدَةِ: شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ فَعَلُ ذَلِكَ وَمَا لَيْسَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ الْبَيْعُ، وَالشِّرَاءُ، وَالسَّفَرُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وهذه المسألة وقع بيانها مكرراً؛ لأنه ذكرها في أوائل «كتاب المكاتب» عند قوله: (وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ)، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ فِي «الْبَدَايَةِ» ثُمَّ قَوْلُهُ: (فَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ)^(٢) وَذَكَرَ جَوَازَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالسَّفَرِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فِي «الْبَدَايَةِ»، فَلَمَّا بَلَغَ فِي «الْهِدَايَةِ» - وَهِيَ شَرْحُ «الْبَدَايَةِ» - هَذَا الْمَوْضِعَ سَأَلَ الْكَلَامَ كَمَا سَأَلَ فِي «الْبَدَايَةِ» مِنْ غَيْرِ إِخْلَالٍ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرَ جَوَازَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالسَّفَرِ فِي «الْهِدَايَةِ» قَبْلَ هَذَا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله: لَا يَجُوزُ لَهُ السَّفَرُ^(٣)، وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الْخِلَافِ فِي أَوَائِلِ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «وَالسَّفَرُ بِهِ». والمثبت من: «الان»، «وام»، «والج»، «والغ»، «والس».

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٣٦٢/٩]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٣/١٢].

لأنَّ التَّجَارَةَ رُبَّمَا لَا تَتَّفِقُ فِي الْحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى الْمُسَافِرَةِ، وَيَمْلِكُ الْبَيْعُ بِالْمُحَابَاةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَاطِي فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ لِيَرْبَحَ فِي أُخْرَى.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

الْمُكَاتِبُ.

وإنَّما جازَ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لِلْعَبْدِ نَيْلَ الْحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ الْبَدْلِ، وَبِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ يَحْصُلُ هَذَا الْمَقْصُودُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَحْصِيلِ الْمَالِ، فَجَازَ بَيْنَهُ وَشِرَاؤُهُ، وَرُبَّمَا لَا يَتَهَيَّأُ لَهُ تَحْصِيلُ الْمَكَاسِبِ فِي الْحَضَرِ مَا لَمْ يُسَافِرْ، فَجَازَ لَهُ السَّفَرُ أَيْضًا لِتَحْصِيلِ الْمَكَاسِبِ الْمَفْضِيَّةِ [٣٧٠/٦ م] إِلَى الْحُرِّيَّةِ بِأَدَائِهَا.

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»: (وَيَمْلِكُ الْبَيْعُ بِالْمُحَابَاةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ). وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ.

وَقَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وَلَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتِبِ الْبَيْعُ إِلَّا عَلَى الْمَعْرُوفِ فِي قَوْلِهِمَا، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله كَيْفَمَا كَانَ»^(١).

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله: يَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتِبِ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَقَالَا: بِمَا يَتَغَابَنُ فِي مِثْلِهِ».

لَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُكَاتِبِ لِنَفْسِهِ؛ بِدَلَالَةِ أَنَّ مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الدِّيُونِ لَا يَرْجِعُ بِهَا عَلَى مَوْلَاهُ، فَصَارَ كَالْحَرِّ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِأَمْرِ مُطْلَقٍ كَالْوَكِيلِ عَلَى أَصْلِهِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ النُّقْصَانَ الْكَثِيرَ تَبَرُّعٌ؛ بِدَلَالَةِ أَنَّهُ فِي حَالِ الْمَرَضِ مِنَ الثَّلَثِ، وَتَبَرُّعُ الْمُكَاتِبِ لَا يَجُوزُ^(٢).

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [ق/٤٥٦].

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [١٧١/٩]، «تبين الحقائق» [١٥٦/٥]، «البنية شرح الهداية»

[٣٨٧/١٠]، «مجمع الضمانات» [ص/٤٣٩]، «رد المحتار» [١٠٢/٦].

قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ إِلَّا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ إِلَّا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا)،
أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي الْمُكَاتَبِ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِ
مَوْلَاهُ إِلَّا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ، قَالَ: هَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَهُ أَنْ
يَخْرُجَ، وَالْمُكَاتَبَةُ جَائِزَةٌ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَلَمْ يَذْكُرِ
الاسْتِحْسَانَ فِيهِ كَمَا تَرَى، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله.

وَإِنَّمَا كَانَ الشَّرْطُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِمَقْتَضَى الْعَقْدِ [٥٣٩/٢]؛ لِأَنَّ مَقْتَضَى
عَقْدِ الْكِتَابَةِ: إِطْلَاقُ وَفَكُّ لِلْحَجَرِ، كَيْ يَنَالَ الْعَبْدُ بِالْكَسْبِ بِالْإِنْتِشَارِ فِي الْأَرْضِ،
وَالسَّفَرِ فِيهَا شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَأَنْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ
اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وَشَرْطُ عَدَمِ الْخُرُوجِ عَنِ الْكُوفَةِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ فِيهَا حَجَرًا عَنْ
السَّفَرِ، وَالإِنْتِشَارِ فِي الْأَرْضِ الَّذِي سَبَّبَ لِتَحْصِيلِ الْمَكَاسِبِ، فَكَانَ هَذَا الشَّرْطُ
مُخَالَفًا لِمَقْتَضَى الْعَقْدِ.

وَكُلُّ شَرْطٍ يُخَالِفُ مَقْتَضَى الْعَقْدِ بَاطِلٌ، إِلَّا أَنْ الْكِتَابَةُ لَمْ تَبْطُلْ بِبُطْلَانِ
الشَّرْطِ إِذَا لَمْ يَدْخُلِ الشَّرْطُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى التَّوْسِيعَةِ، وَلِهَذَا تَجُوزُ
الْكِتَابَةُ عَلَى عَبْدٍ بغير عَيْنِهِ.

تَحْقِيقُهُ: أَنَّ الشَّرْطَ إِذَا دَخَلَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، بَأَنْ يَقَعَ ذَلِكَ فِي الْبَدَلِ، أَوْ
فِي الْمُبْدَلِ، كَمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى بَدَلٍ مَجْهُولٍ، أَوْ بَدَلٍ حَرَامٍ، أَوْ كَاتَبَ جَارِيَتَهُ عَلَى
أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يَطَّأَهَا مَا دَامَتْ مُكَاتَبَةً، أَوْ تَخْدُمَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْخِدْمَةِ وَقْتًا، أَوْ
كَاتَبَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ غَيْرِهِ، وَاسْتثنى مَا فِي بَطْنِهَا، أَفْسَدَتِ الْكِتَابَةَ، وَلَكِنَّهَا إِذَا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٥٩ - ٤٦٠].

هَذَا الشَّرْطُ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ مَالِكِيَّةُ الْبَيْدِ عَلَى جِهَةِ الْإِسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ
الِاخْتِصَاصِ فَبَطُلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَتِمَّ كُنْ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ،
وَبِمِثْلِهِ لَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشَبِّهُ الْبَيْعَ وَتُشَبِّهُ النِّكَاحَ فَالْحَقْنَاهُ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

أَدَّتِ الْأَلْفَ تَعْتِقُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْعُقْرُ إِذَا وَطَّئَهَا فِي مَدَّةِ الْكِتَابَةِ.

وَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ لَا يُفْسِدُهَا، كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى أَلَّا يَخْرَجَ
مِنَ الْمِصْرِ، أَوْ عَلَى أَلَّا يَتَّجِرَ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الَّتِي لَا تَدْخُلُ فِي صُلْبِ
الْكِتَابَةِ؛ فَالْكِتَابَةُ صَحِيحَةٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ يُشَبِّهُ الْبَيْعَ وَالنِّكَاحَ
[٦/٣٧١ م] جَمِيعًا:

فَشَبَّهَهُ بِالْبَيْعِ: يَقْتَضِي أَنْ يَبْطُلَ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ.

وَشَبَّهَهُ بِالنِّكَاحِ: يَقْتَضِي أَلَّا يَبْطُلَ بِهِ كَالنِّكَاحِ، فَأُعْطِيَ لَهُ حُكْمٌ بَيْنَ حُكْمَيْنِ
رِعَايَةً لِلشَّبَهَيْنِ، فَإِنْ دَخَلَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِي صُلْبِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ أَفْسَدَهَا وَإِلَّا فَلَا.

بَيَانُ شَبِّهِ^(١) النِّكَاحِ: مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَثْبُتُ الْحَيَوَانُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ، وَيَجُوزُ مِنْ
غَيْرِ أَنْ يُذَكَرَ صِفَةُ الْبَدَلِ، وَيَقَعُ عَلَى الْوَسْطِ كَالنِّكَاحِ.

وَبَيَانُ شَبِّهِ^(٢) الْبَيْعِ: مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ [لَا يَصَحُّ إِلَّا بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ.

أَوْ نَقُولُ: إِنَّهُ يُشَبِّهُ الْبَيْعَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ^(٣) يَحْتَمِلُ الْفُسْخَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَتُشَبِّهُ
النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْفُسْخَ بَعْدَ تَمَامِ الْمَقْصُودِ، وَالْبَاقِي يُنْظَرُ فِي شَرْحِنَا
هَذَا فِي أَوَاخِرِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

قَوْلُهُ: (عَلَى جِهَةِ الْإِسْتِبْدَادِ)، يُقَالُ: اسْتَبَدَّ بِرَأْيِهِ. أَي: تَفَرَّدَ.

(١) وقع بالأصل: «شبهة». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «ولغ»، «ولس».

(٢) وقع بالأصل: «شبهة». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «ولغ»، «ولس».

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «لج»، «ولغ»، «ولس».

بِالْبَيْعِ فِي شَرْطِ تَمَكُّنٍ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ ، كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً ؛ لِأَنَّهُ فِي
الْبَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطِ لَمْ يَتِمَّ كُنْ فِي صُلْبِهِ هَذَا هُوَ الْأَضْلُ أَوْ نَقُولُ : إِنَّ
الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ إِعْتَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخْصُرُ الْعَبْدَ
فَاعْتَبَرِ إِعْتَاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرْطِ ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْقَاصِدَةِ .

غاية البيان

قوله : (كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً) ، نَحْوُ أَنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ مَدَّةً ، أَوْ
زَمَانًا وَلَمْ يُبَيِّنِ الْمَدَّةَ ، أَمَّا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْرًا ؛ لَا يَجُوزُ قِيَاسًا ، وَيَجُوزُ
اِسْتِحْسَانًا .

قَالَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» : «وَأِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ
شَهْرًا فَهُوَ جَائِزٌ ، وَإِنْ كَانَتْ الْخِدْمَةُ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ اِسْتَحْسَنَ ^(١) ذَلِكَ ^(٢) .» إِلَى هُنَا
لَفْظُ «الْكَافِي» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَصْلُحُ عِوَضًا فِي بَابِ الْبَيْعِ ، فَفِي الْكِتَابَةِ أَوْلَى ،
وَهُوَ أَخْصَرُ بِمَنَافِعِهِ ، فَجَازَ أَنْ يُمْلِكَهَا السَّيِّدُ ، وَإِنْ كَانَتْ الْخِدْمَةُ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ
اِسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ إِذَا أُطْلِقَتْ تَنْصَرِفُ إِلَى خِدْمَةِ الْبَيْتِ الْمَتَعَارَفَةِ ، وَيُزَوَّرُ
تَمَكُّنٌ فِيهَا نَوْعٌ جِهَالَةٍ فِيهَا جِهَالَةٌ يَسِيرَةٌ ، وَأَنَّهَا مَتَحَمِّلَةٌ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ ، وَكَذَلِكَ
إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ كُلَّ شَهْرٍ بِأَجْرِ مُسَمًّى ؛ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ فِي آخِرِ
بَابِ إِجَارَةِ الْعَبْدِ .

قوله : (هَذَا هُوَ الْأَضْلُ) ، يَعْْنِي : أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ لَهُ شَبَهَانِ يَرَاغَى حَقُّهُ
مِنْهُمَا جَمِيعًا ، وَهُوَ ظَاهِرٌ .

قوله : (أَوْ نَقُولُ : إِنَّ الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ إِعْتَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ) .

لَوْ قَالَ : فِي جَانِبِ الْمَوْلَى إِعْتَاقٌ ، أَوْ قَالَ : فِي جَانِبِ الْعَبْدِ عَقْدٌ ؛ كَانَ أَوْلَى ،

(١) أَي : اِسْتَحْسَنَ مُحَمَّدٌ . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ : «س» .

(٢) يَنْظُرُ : «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٢] .

قَالَ: وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ فَكُّ الْحَجْرِ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ ضَرُورَةٌ التَّوَسُّلُ إِلَى الْمَقْصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ.

﴿غاية البيان﴾

وَهَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ رحمته الله: إِنَّ الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ تُشَبَّهُ ^(١) الْعَتَقَ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ، وَفَكُّ الْحَجْرِ وَإِطْلَاقُ الْيَدِ بِمَنْزِلَةِ الْعَتَقِ، فَكُلُّ شَرْطٍ فِي جَانِبِهِ صَارَ هَذَرًا، بِمَنْزِلَةِ الدَّخْلِ عَلَى الْعَتَقِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخْتَصُّ بِجَانِبِهِ، فَصَارَ هَذَرًا لَا أَثَرَ لَهُ.

وَقَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله: «وَكُلُّ شَرْطٍ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ؛ يَكُونُ فَاسِدًا، وَلَا تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ [٢/٥٤٠] جَانِبِ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ فَكُّ الْحَجْرِ، وَإِثْبَاتُ حُرِّيَّةِ الْيَدِ، وَالْعَتَقُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَهَذَا الَّذِي قَالُوهُ ضَعِيفٌ؛ إِذْ حَاصِلُ كَلَامِهِمْ أَنَّ الْكِتَابَةَ تُشَبَّهُ الْعَتَقَ.

وَالْعَتَقُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، فَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ [٦/٣٧١ ط/م] أَيْضًا بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِشَبْهِهِ بِالْعَتَقِ؛ لِأَنَّ لِقَائِلَ أَنْ يَقُولَ: إِذَا كَانَ لِشَبْهِهِ بِالْعَتَقِ أَثَرٌ يَنْبَغِي أَلَّا تَفْسُدَ الْكِتَابَةُ أَيْضًا إِذَا دَخَلَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِي صُلْبِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ» ^(٢).

فَعَلِمَ: أَنَّ هَذَا الْوَجْهَ مِنَ الْبَيَانِ ضَعِيفٌ، وَالْأَوَّلَى مَا بَيَّنَّاهُ آنِفًا مِنْ رِعَايَةِ الشَّبْهِينِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣)، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِلَا إِذْنِ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ، وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمَوْلَى بِلِزُومِ الْمَهْرِ فِي رَقَبَتِهِ، وَإِنَّمَا اسْتِفَادَ مِنَ التَّصَرُّفِ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ مَا كَانَ سَبَبًا وَوَسِيلَةً إِلَى أَدَاءِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ بِوَسِيلَةٍ إِلَى

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «بَشْبَهة». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) يَنْظُرُ: «شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» لِقَاضِيخَانَ [٢٢٤/ق].

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٧٩].

وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ ، وَهُوَ غَيْرُ مَالِكَ لِمَمْلَكَةٍ ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْءَ الْيَسِيرَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ

غَايَةِ الْبَيَانِ

أَدَاءِ الْبَدْلِ ، فَبَقِيَ عَلَى الْحَجْرِ ، فَإِذَا أَذِنَ لَهُ الْمَوْلَى بِذَلِكَ جَازَ ؛ لِرُوَالِ الْحَجْرِ حِينَئِذٍ ، هَذَا فِي الْمُكَاتَبِ .

أَمَّا الْمُكَاتَبَةُ : هَلْ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ بِلَا إِذْنِ الْمَوْلَى ؟ ففِيهِ اخْتِلَافٌ ، قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْنِيَجَابِيُّ رحمته الله فِي آخِرِ بَابِ جَنَايَةِ رَقِيقِ الْمُكَاتَبِ مِنْ «شرح الكافي» : «وَلَا تَتَزَوَّجُ الْمُكَاتَبَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى ، وَقَالَ زُفَرٌ رحمته الله : يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ .

وإِنَّا نَقُولُ : الْمَهْرُ وَجَبَ فِي مَقَابِلَةِ الْمِلْكِ فِي الذَّاتِ لَا فِي الْمَنَافِعِ ، وَهُوَ حَقُّ السَّيِّدِ ، فَإِنْ عَتَقْتَ قَبْلَ أَنْ يُفْسَخَ النِّكَاحُ يَجُوزُ ذَلِكَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ النِّكَاحَ إِنَّمَا كَانَ [لَا] ^(١) يَجُوزُ بِحَقِّ الْمَوْلَى ، فَإِذَا عَتَقْتَ زَالَ حَقُّ الْمَوْلَى ، فَيَجُوزُ كَمَا قُلْنَا فِي الْأَمَةِ وَالْعَبْدِ ، وَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا بَاشَرَتِ الْعَقْدَ بِرِضَاهَا ، وَنَقَذَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ .

قَوْلُهُ : (وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢) .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» فِي بَابِ جَنَايَةِ رَقِيقِ الْمُكَاتَبِ : «وَلَا تَجُوزُ هِبَةُ الْمُكَاتَبِ ، وَلَا صَدَقَتُهُ ، وَلَا وَصِيَّتُهُ ، وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً ، وَلَا إِقْرَاضَهُ ، وَلَا كِفَالَتَهُ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : عِتْقُهُ وَهَبُهُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ عَتَقَ يَوْمًا مَضَى ذَلِكَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ مَمْلُوكًا بَطَلَ ذَلِكَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ بِالْكِتَابَةِ إِلَّا مَا هُوَ مِنَ التَّجَارَةِ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٧٩] .

بُذًا مِنْ إِضَافَةٍ وَإِعَارَةٍ [١٢٧/ظ] لِيَجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ.

﴿﴾ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴿﴾

وَمِنْ التَّكْسُّبِ ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ تَبَرُّعَاتٌ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى التَّجَارَةِ ، فَلَا يَصِحُّ ^(١) .
وَجَعَلَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى رحمته الله هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مَوْقُوفَةً ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ حَقُّ الْمَوْلَى ،
وَقَدْ زَالَ بَعْدَ الْعَتَقِ .

جَوَابُهُ : أَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِمَبَاشَرَةِ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ حِينَ الْمَبَاشَرَةِ ، فَلَا يَتَوَقَّفُ
كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ .

وَقَالَ فِي «شرح الأقطع رحمته الله» : «فَأَمَّا الصَّدَقَةُ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ؛ فَالْقِيَاسُ : أَلَّا
يَجُوزُ أَيْضًا ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رحمته الله ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ فَلَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ بِالكَثِيرِ ،
إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فِيهِ ؛ لِمَا رُوِيَ : أَنَّ سَلْمَانَ - وَقَدْ كَانَ مُكَاتَبًا - أَهْدَى إِلَى النَّبِيِّ
صلى الله عليه وسلم فَقَبِلَ هَدِيَّتَهُ ، وَلِأَنَّهُ يَتَوَصَّلُ بِذَلِكَ إِلَى أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التَّجَارِ ،
وَفِيهِ تَقَرُّبُ التَّجَارِ مِنْهُ ، فَلِذَلِكَ جُوزَ» ^(٢) .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكافي» أَيْضًا : «وَأِنْ أَعَارَ ذَابَّةً ، أَوْ أَهْدَى هَدِيَّةً ،
أَوْ دَعَا إِلَى طَعَامٍ [٣٧٢/٦] ؛ فَلَا بِأَسَ بَذْلِكَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَكْسُو ثَوْبًا ، وَلَا أَنْ يُعْطِيَ
دِرْهَمًا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ يَمْلِكُ الضِّيَافَةَ وَالْإِعَارَةَ وَالْهَدِيَّةَ الْيَسِيرَةَ ؛ لِأَنَّهَا
مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ ، فَيَمْلِكُهَا الْمُكَاتَبُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ» ^(٣) .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَكْسُو ثَوْبًا ، وَلَا أَنْ يُعْطِيَ دِرْهَمًا ، جَعَلَ هَذَا الْقَدْرَ كَثِيرًا وَمَا دُونَهُ
يَسِيرًا ، فَيَمْلِكُ الْيَسِيرَ دُونَ الْكَثِيرِ [٤٠/٢هـ] . كَذَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدين
الأسَيبَجَابِيُّ رحمته الله .

قَوْلُهُ : (لِيَجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ).

(١) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [١٠١/ق] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٣٢/ق] .

(٣) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [١٠١/ق] .

وَمِنْ مَلِكٍ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ وَلَا يَتَكَفَّلُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّجَارَةِ وَالِاِكْتِسَابِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعِيهِ نَفْسًا وَمَالًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ وَلَا يُقْرَضُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ الْاِكْتِسَابِ .

غاية البيان

والمجاهز عند العامة: الغني من التجار، فكأنه أريد المجهر، وهو الذي يبعث التجار بالجهاز، وهو فاخر المتاع، أو يسافر به، فخرّف إلى المجاهر. كذا في «المغرب»^(١).

قوله: (وَلَا يَتَكَفَّلُ)، هذا لفظ القدوري في «مختصره»^(٢)، وذلك لما قلنا: إنه تبرّع، فلا يجوز كالقرض، سواء كانت الكفالة بالنفس، أو بالمال؛ لأن كلا منهما تبرّع، وهو لا يملك التبرّع.

قال في «شرح الأقطع»: «وقد قالوا: لو أجاز المولى كفالته، أو هبته؛ لم يصح أيضاً؛ لأنه لا ملك له في ماله، وإنما حقه متعلق به، فهو بمنزلة الغريم إذا أجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت؛ أنه لا يجوز»^(٣).

قال الحاكم الشهيد في «الكافي»: «ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال، ولا بالبدل بإذن المولى، ولا بغير إذنه، وكذلك قبوله الحوالة، فإن كفّل بإذن سيده، ثم عجز؛ لم تلزمه تلك الكفالة؛ لأن ضمانه كان باطلاً، وإن أدى فعقّ لزمته الكفالة؛ لأنه كفّل وهو بمنزلة العبد، ولو أن عبداً محجوراً كفّل بكفالة، ثم عتق لزمته الكفالة، ولو كان المكاتب صغيراً حين كفّل له يؤخذ بها وإن عتق»^(٤). إلى هنا لفظ «الكافي».

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المغرب» للمطري [١٧١/١].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٢].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٩].

فَإِنْ وَهَبَ عَلَى عَوْضٍ لَمْ يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً فَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازٌ ،
لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ الْمَهْرَ فَدَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ .

قَالَ : وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَجُوزَ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِأَنَّ مَالَهُ الْعِتْقُ ، وَالْمَكَاتِبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ كَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ .

غاية البيان

قوله : (فَإِنْ وَهَبَ عَلَى عَوْضٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً) ، ذكره تفريعاً على
مسألة القُدُورِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

قوله : (فَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازٌ) ، وهذه من مسائل «الجامع الصغير»^(١) ، وذلك
لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ ، فَيَمْلِكُ الْمَكَاتِبُ مَا هُوَ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ ، هَذَا إِذَا زَوَّجَ
أَمَتَهُ أَجْنَبِيًّا ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ عَبْدَهُ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ اِكْتِسَابُ الْمَالِ^(٢) . كَذَا
ذَكَرَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي «فَتَاوَاهِ» .

قوله : (قَالَ : وَكَذَا إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ) ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : فِي الْمَكَاتِبِ يُكَاتِبُ
عَبْدَهُ ، قَالَ : جَائِزٌ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ بَاعَ نَفْسَهُ بِمَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ
زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازٌ ، وَإِنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ لَمْ يَجُزْ .

وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَلَا يَجُوزُ شَيْءٌ صَنَعَهُ مِنْ هَذَا فِي قَوْلِ أَبِي
حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَ أَمَتُهُ^(٣) . إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع

الصغير» .

(١) ينظر : «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠] .

(٢) ينظر : «الفتاوى الولوالجية» [١٤٦/٢] .

(٣) ينظر : «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠] .

وَجْهَ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ عَقْدُ اكْتِسَابٍ لِلْمَالِ فَيَمْلِكُهُ كَتَرُوجِجِ الْأُمَّةِ وَكَالْبَيْعِ وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعُ لَهُ مِنَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ إِلَّا بَعْدَ وَصُولِ الْبَدْلِ إِلَيْهِ. وَالتَّبَعُ يُزِيلُهُ قَبْلَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ

غاية البعد

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي بَابِ مُكَاتَبَةِ الْمُكَاتَبِ مِنَ «الْكَافِي» (١٠٣١٢): «وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتَبَ اسْتِحْسَانًا، فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ الْأَوَّلِ؛ كَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأَوَّلِ. فَإِنْ عَتَقَ الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ وَلَاؤُهُ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ

بِهِ

وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتَبَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَزُفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ؛ لِأَنَّ عَاقِبَةَ الْكِتَابَةِ الْعَتَقُ بِأَدَاءِ الْمَالِ، وَالْمُكَاتَبُ يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ عَلَى مَالٍ، فَكَذَا لَا يَمْلِكُ الْكِتَابَةَ.

وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ، وَالْكِتَابَةُ اسْتِكْسَابٌ لِلْعَبْدِ، فَيَمْلِكُ ذَلِكَ، كَتَرُوجِجِ الْأُمَّةِ وَالْبَيْعِ، بَلِ الْكِتَابَةُ أَنْفَعُ لَهُ مِنَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ الْمِلْكَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْوَصُولِ إِلَى الْبَدْلِ، فَرَبَّمَا يَصِلُ إِلَيْهِ وَرَبَّمَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ، وَفِي الْكِتَابَةِ لَا يَزُولُ الْمِلْكَ إِلَّا بَعْدَ الْوَصُولِ إِلَى الْبَدْلِ، فَإِذَا مَلَكَ الْبَيْعَ مَلَكَ الْكِتَابَةَ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ.

بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِاِكْتِسَابٍ، بَلْ هُوَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ، فَإِنْ بِمَجَرَّدِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ يَزُولُ الْمِلْكَ فِي الْحَالِ بِعَوَضٍ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ، وَلَا يَزُولُ فِي الْكِتَابَةِ إِلَّا بَعْدَ سَلَامَةِ الْبَدْلِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْبَدْلَ يَكُونُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ.

فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ الْأَوَّلِ؛ كَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ الْوَلَاءِ

(١) ينظر: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٤].

ثَبِتَ لَهُ . بِخِلَافِ الْإِعْتِقَاقِ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ .
فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ ؛ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ .

﴿٢١﴾ خاتمة البيان ﴿٢٠﴾

معه [٢/٥٤١] ؛ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ ، فَأَثْبَتْنَاهُ مِنَ الْمَوْلَى ، فَإِنْ عَتَقَ الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعِ
إِلَى الْوَلَاءِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ ، وَقَدْ تَقَرَّرَ عَلَى شَخْصٍ ، فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى الْأَوَّلُ قَبْلَ الثَّانِي ، ثُمَّ أَدَّى الثَّانِي يَثْبُتُ وَلَاؤُهُ مِنَ
الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ الْأَوَّلَ مَالِكٌ مُطْلَقٌ ، وَالْمَوْلَى كَذَلِكَ ، فَكَانَ إِثْبَاتُهُ مِمَّنْ هُوَ
مَالِكٌ ^(١) مُطْلَقٌ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَ الْأَوَّلَ مُبَاشِرٌ صَاحِبُ عِلَّةٍ وَمَوْلَاهُ مُسَبَّبٌ ؛
لِأَنَّهُ لَوْ لَا كِتَابَتُهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمُكَاتَبُ أَنْ يُكَاتِبَ ، وَالْأَصْلُ هُنَا فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ : هُوَ
الْعِلَّةُ عِنْدَ صِلَا حِيَّةِ الْإِضَافَةِ إِلَيْهَا .

قَوْلُهُ : (لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ) ، أَيِ : لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ عَلَى مَالٍ يُثْبِتُ
لِمُعْتِقِ الْمُكَاتَبِ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لِلْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ لَا يَزُولُ الْمِلْكُ إِلَّا
بَعْدَ سَلَامَةِ الْبَدَلِ ، وَفِي الْإِعْتِقَاقِ عَلَى مَالٍ يَزُولُ الْمِلْكُ ، سَلِمَ الْبَدَلُ أَوْ لَمْ يَسْلَمْ ،
فَكَانَ أَثَرُهُ أَقْوَى مِنَ الْكِتَابَةِ ، وَالشَّيْءُ لَا يَتَّصِفُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ ، فَكَانَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ
يُكَاتِبَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتِقَ عَلَى مَالٍ .

قَوْلُهُ : (فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ ؛ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ
مِلْكٍ) ، أَيِ : إِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ ؛ فَوَلَاؤُ الْمُكَاتَبِ
الثَّانِي لِلْمَوْلَى ، لَا لِلْمُكَاتَبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَوْلَى فِي مُكَاتَبِ الْمُكَاتَبِ نَوْعَ مِلْكٍ ؛
لِأَنَّ عَبْدَ الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ لِلْمَوْلَى مِنْ وَجْهِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَوْلَى نَوْعَ مِلْكٍ فِي أَكْسَابِ
[٢/٥٣٧] مُكَاتَبِهِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ قَائِمٌ ، وَهُوَ مِلْكُ رَقَبَتِهِ ، وَلَكِنْ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ
شَرْعًا نَظَرًا لِلْعَبْدِ فِي حَقِّ تَمَلُّكِهِ مُطْلَقًا ، فَوَجَبَ الْمِلْكُ مِنْ وَجْهِ ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ

(١) وقع بالأصل : «ملك» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة ، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية ؛ أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً .

فَلَوْ أَدَّى الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَتَقَ لَا يَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى جُعِلَ مُعْتَقًا وَاتَّوَلَّاهُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ الْمُعْتَقِ فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ؛ فَوَلَاؤُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ وَهُوَ الْأَصْلُ فَيُثْبِتُ لَهُ .

غاية السبيل

لِْمُكَاتِبِ يَحْضُلُ مَعَ وَقْعِ الْمِلْكِ لِلْمَوْلَى مِنْ وَجْهِ ، فَكَانَ عَبْدًا لَهُ مِنْ وَجْهِ .

قوله : (وَتَصَحُّ إِضَافَةُ الْإِعْتَاقِ إِلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ) ، يَعْنِي : يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِمُعْتَقٍ مُعْتَقٍ فَلَانٍ إِنَّهُ مُعْتَقٌ فَلَانٍ بِطَرِيقِ التَّسْيِيبِ مَجَازًا ، وَلِهَذَا دَخَلَ فِي الْإِسْتِثْنَانِ عَلَى الْمَوَالِي مُعْتَقٌ مُعْتَقٍ فَلَانٍ .

قوله : (فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مُبَاشِرِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ ؛ أُضِيفَ إِلَيْهِ) ، يَعْنِي : لِمَا تَعَذَّرَ إِضَافَةُ الْإِعْتَاقِ إِلَى مُبَاشِرِ الْعَقْدِ - وَهُوَ الْمُكَاتِبُ - لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ لِلْإِعْتَاقِ لِقِيَامِ الرِّقِّ ؛ أُضِيفَ الْإِعْتَاقُ إِلَى مَوْلَى الْمُكَاتِبِ تَسْيِيبًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا كِتَابَتُهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمُكَاتِبُ أَنْ يُكَاتِبَ ، فَاعْتَبِرَ الْمَوْلَى هُوَ الْمُعْتَقُ لِمَكَاتِبِ الْمُكَاتِبِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى .

قوله : (كَمَا فِي الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا) ، يَعْنِي : يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الشَّيْءِ الْمَشْتَرَى لِمَوْلَى الْعَبْدِ لَا لِلْعَبْدِ ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ لِلْمِلْكِ ^(١) ؛ لِقِيَامِ الرِّقِّ فِيهِ .

قوله : (فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ؛ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) ، يَعْنِي : إِذَا أَدَّى الْمُكَاتِبُ الْأَوَّلُ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَعَتَّقَ ، ثُمَّ أَدَّى الْمُكَاتِبُ الثَّانِي ؛ فَوَلَاءُ الْمُكَاتِبِ الثَّانِي لِلْمُكَاتِبِ الْأَوَّلِ . لَا لِمَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ هُوَ الْمُبَاشِرُ لَا الْمُسَبَّبُ ، وَالْمُبَاشِرُ هُوَ الْعَاقِدُ ، وَهُوَ الْمُكَاتِبُ الْأَوَّلُ ، فَيُضَافُ ^(٢) وَلَاءُ الْمُكَاتِبِ الثَّانِي إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا

(١) وقع بالأصل : « أهلية المالك » . والمثبت من : « ن » ، « م » ، « ج » ، « و » ، « س » .

(٢) وقع بالأصل : « فيصدق » ، والمثبت من : « ن » ، « م » ، « ج » ، « و » ، « س » .

قال: وإن أعتق عبده على مال، أو باعه نفسه، أو زوج عبده؛ لم يجز؛ لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه. أمّا الأول فلأنه إسقاط لملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس، وكذا الثاني؛ لأنه إعتاق على ماله في الحقيقة. وأمّا الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر

﴿ غاية البيان ﴾

ضرورة في تحويل الحكم عنه إلى المسبب، وهو مولى المكاتب الأول، فثبت الولاء للمكاتب لا للمولى.

قوله: (قال: وإن أعتق عبده على مال، أو باعه نفسه، أو زوج عبده؛ لم يجز)، أي: قال في «الجامع الصغير»^(١).

وترتيب لفظ «الجامع الصغير» مرّ عند قوله: (وكذلك إن كاتب عبده)، وذلك لأن المكاتب يملك ما كان من الاكتساب، وهذه الأشياء ليست من الاكتساب، بل من التصرفات الضارة.

أمّا الأول - وهو الإعتاق على مال - : فلأن الملك يزول به، بحيث لا يجوز سخره بعوض في ذمة العبد المفلس، فلعله يوصله إلى مولاه، ولعله لا يوصله، فكان ضرراً ناجزاً.

وأمّا الثاني - وهو بيع المكاتب نفسه عبده من نفسه - : فلأنه إعتاق على مال أيضاً، وحكمه مرّ.

وأمّا الثالث - وهو تزويج المكاتب [٣٧٣/٦ م] عبده - : فلأنه ليس من الاكتساب في شيء [٤١/٢ هـ]، بل فيه ضرر، حيث تكون ربة العبد مشغولة بالمهر والنفقة، وليس كذلك تزويج الأمة؛ لأنه يستفيد به المهر، فكان اكتساباً.

قوله: (على ما مر)، إشارة إلى قوله: (لأنه اكتساب للمال، فإنه يتملك

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].

وَالنَّفَقَةِ ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الْأُمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ اِكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ الْمَهْرَ عَلَى مَا مَرَّ .

قَالَ : وَكَذَلِكَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْاِكْتِسَابَ كَالْمُكَاتَبِ ، وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الْأُمَّةِ وَالكِتَابَةِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

بِهِ الْمَهْرُ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَكَذَلِكَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير»^(١) .

يَعْنِي : يَمْلِكُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ مَا يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ ، وَلَا يَمْلِكَانِ فِيهِ مَا لَا يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ فِي عَبْدِهِ ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» رحمته الله هُنَا مِنْ مِلْكِ تَزْوِيجِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ أُمَّةَ الْاِبْنِ وَالْيَتِيمِ بِلَا خِلَافٍ : هُوَ الصَّحِيحُ ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ فِي الْمَأْذُونِ مِنَ الْخِلَافِ ، حَيْثُ جَوَّزَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لَهُمَا ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ^(٢) .

قَالَ فِي أَصْلِ «الجامع الصغير» : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْاِبْنُ الصَّغِيرُ ، فَيُكَاتِبُ عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ ، قَالَ : الْمُكَاتَبَةُ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ بَاعَهُ نَفْسَهُ بِمَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ زَوَّجَ عَبْدًا ابْنَهُ لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ زَوَّجَ أُمَّةَ ابْنِهِ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ هُوَ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ»^(٣) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ نَظَرِيَّةٌ ، وَالكِتَابَةُ وَتَزْوِيجُ الْأُمَّةِ فِيهِمَا اِكْتِسَابُ الْمَالِ ، فَحَصَلَ النَّظَرُ فَجَازَ ، وَمَا سِوَاهُمَا لَيْسَ فِيهِ اِكْتِسَابٌ ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ نَظَرٌ ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ مِنْهُمَا .

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠] .

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٢١/٥] .

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠] .

نَظَرًا لَهُ . وَلَا نَظَرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ . [١/١٢٨] قَالَ : فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ :
فَلَا يَمْلِكُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليه السلام ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : لَهُ أَنْ
يُزَوِّجَ أُمَّتَهُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُضَارِبُ وَالْمُقَاوِضُ وَالشَّرِيكَ شَرِكَةُ عِنَانٍ ،

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَاسِ عليه السلام فِي «شرح الجامع الصغير» : «إِذَا كَتَبَ عَبْدٌ ابْنَهُ
الصَّغِيرَ جَارَتْ الْكِتَابَةُ ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ .

وَالْقِيَاسُ : أَلَّا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُفْضِي إِلَى الْعَتَقِ ، وَالْأَبُ لَا يَمْلِكُ عِتْقَ
عَبْدِ ابْنِهِ ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِصْلَاحَ مَالِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ
اِكْتِسَابَ الْمَالِ لَهُ .

وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ فِي الْعَتَقِ عَلَى مَالٍ اسْتِهْلَاكَ مَالِ الصَّبِيِّ
بِبَدَلٍ عَلَى مُفْلِسٍ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْحَالِ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَلَيْسَ كَالْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ
تَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَالرَّدَّ ، فَتَنْتَقِضُ الْكِتَابَةُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ ، وَأَمَّا الْعَتَقُ عَلَى مَالٍ
فَلَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَالرَّدَّ ، وَفِي اخْتِذِ الْمَالِ مِنْهُ خَطَرٌ» .

ثُمَّ أوردَ الْفَقِيهُ هُنَا سُؤَالَ وَجَوَابًا فَقَالَ :

«فَإِنْ قِيلَ : لَوْ بَاعَ عَبْدٌ ابْنَهُ مِنْ إِنْسَانٍ مُفْلِسٍ جَارَ الْبَيْعِ ، فَلِمَ لَا يَجُوزُ هَاهُنَا ؟
قِيلَ لَهُ : لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَصِلَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ إِذَا
عَتَقَ لَا يُمَكِّنُهُ حَبْسُهُ ، وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي الْوَصِيِّ» .

قَوْلُهُ : (قَالَ : فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ : فَلَا يَمْلِكُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

عليه السلام .

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ عليه السلام : لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أُمَّتَهُ ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير» ^(١) .

وَتَرْتِيبُ لَفْظِ أَصْلِ «الجامع» [٢/٣٧٤/٦] الصَّغِيرِ مَرَّةً عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَكَذَلِكَ إِنْ

هُوَ قَاسُهُ عَلَى الْمُكَاتِبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالْإِجَارَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الْمَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التَّجَارَةَ، وَهَذَا لَيْسَ بِتَّجَارَةٍ، فَأَمَّا الْمُكَاتِبُ يَتَمَلَّكُ الْاِكْتِسَابَ وَهَذَا اِكْتِسَابٌ،

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

كَاتِبَ عَبْدَهُ، يَغْنِي: لَا يَمْلِكُ الْمَأْذُونَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ كِتَابَةَ عَبْدِهِ، وَتَرْوِيجَ عَبْدِهِ، وَتَرْوِيجَ أَمَتِهِ، وَإِعْتَاقَةَ عَلَى مَالٍ، وَتَبَعَهُ نَفْسَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَعِنْدَ أَبِي يَوْسَفَ رحمته الله: يَجُوزُ لَهُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ.

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: الْمُضَارِبُ، وَالْمُفَاوِضُ، وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ)، يَغْنِي: أَنَّ لَهُوَلَاءِ الثَّلَاثَةِ جَمِيعًا تَرْوِيجَ الْأَمَةِ عِنْدَ أَبِي يَوْسَفَ رحمته الله خِلَافًا لَهُمَا، وَلَنَا فِي هَذَا النِّقْلِ نَظَرٌ^(١)؛ لِأَنَّ الْمُفَاوِضَ يَجُوزُ لَهُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْ أَحَدٍ شَرِيكِي الْعِنَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله خِلَافًا لِأَبِي يَوْسَفَ رحمته الله.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا نَصَّ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» فِي بَابِ الْمُفَاوِضَةِ: «وَيَجُوزُ لِأَحَدِ الْمُفَاوِضِينَ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَ التَّجَارَةِ، وَيَأْذَنَ لَهُمْ فِي [٢/٤٢٧هـ] التَّجَارَةَ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَقَ شَيْئًا مِنْ رَقِيقِ التَّجَارَةِ عَلَى مَالٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُرَّجَّ الْعَبْدَ أَيْضًا، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَّجَّ الْإِمَاءَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ الْمَالَ مُضَارِبَةً». إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله.

ذَكَرَ جَوَازَ تَرْوِيجِ الْإِمَاءِ لِلْمُفَاوِضِ بَلَا ذِكْرِ الْخِلَافِ كَمَا تَرَى، وَكَذَلِكَ أَثْبَتَهُ الْقُدُورِيُّ فِي «شَرْحِهِ»، وَعَلَّلَ بِقَوْلِهِ: «لَأَنَّ تَرْوِيجَ الْأَمَةِ فِيهِ مَنَفْعَةٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَسْقُطُ عَنْهُ نَفَقَتُهَا وَيَسْتَحِقُّ مَهْرَهَا وَوَلَدَهَا، وَتَصْرُفُهُ عَامٌّ فِي كُلِّ مَا عَادَ نَفْعُهُ إِلَى الْمَالِ».

(١) قَالَ صَاحِبُ «الْعَنَايَةِ»: ذَكَرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ - يَرِيدُ بِهِ الْاِتِّفَاقَ - أَنَّ الْمُفَاوِضَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَكَاتِبَ عَبْدَ الشَّرِكَةِ بَلَا خِلَافٍ. وَاسْتَدَلَّ بِنَقْلِ عَنِ الْكَرْخِيِّ وَغَيْرِهِ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْخِلَافِ. وَقَالَ: تَرَكَ ذِكْرَ الْخِلَافِ دَلِيلَ عَلَى الْاِتِّفَاقِ وَفِيهِ مَا فِيهِ. يَنْظُرُ: «الْعَنَايَةُ شَرْحُ الْهِدَايَةِ» [٩/١٧٧].

.....

❦ هاية البيان ❦

وَوَزَرَ الْكَرْخِيُّ رحمته أَيْضًا فِي بَابِ مَا يَجُوزُ لِأَحَدِ شَرِيكِي الْعِنَانِ أَنْ يَعْمَلَهُ فِي
 بَابِ «وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا مِنْ تِجَارَتِهِمَا، وَلَا يُعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ، وَلَا
 يَرْوِّحَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ رحمته: يُزَوِّجُ
 لِأَمَةٍ خَاصَّةً، وَلَا يُزَوِّجُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرْنَا».

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته فِي «الكَافِي»: «وَلِأَحَدِ الْمَفَاوِضَيْنِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا
 مِنْ تِجَارَتِهِمَا، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ، وَلَا أَنْ
 يَرْوِّجَهُ، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الْأَمَةَ، وَلَيْسَ لِشَرِيكِ الْعِنَانِ أَنْ يُكَاتِبَ، وَلَا أَنْ يُزَوِّجَ الْأَمَةَ،
 وَكَذَلِكَ الْمُضَارِبُ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمته فِي «شرح الجامع الصغير»: «فَهَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةُ
 الْأَصْنَافُ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُمْ عَلَى مَالٍ، وَتَجُوزُ كِتَابَتُهُمْ فِي الْإِسْتِحْسَانِ، وَفِي قَوْلِ
 بِشْرِ رحمته: لَا تَجُوزُ كِتَابَتُهُمْ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْعِتْقَ لَا يَمْلِكُ الْكِتَابَةَ عَلَى مَالٍ
 عَلَى قَوْلِهِ، وَإِنْ زَوَّجَ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَمَةً؛ جَازَ النِّكَاحُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ فِيهِ
 اكْتِسَابَ الْمَالِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفَقِيهِ رحمته.

أَرَادَ بِالْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ: الْأَبَ، وَالْوَصِيَّ، وَالشَّرِيكَ الْمَفَاوِضَ،
 وَالْمُكَاتِبَ؛ لِأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهِمْ بَعْدَ ذِكْرِهِمْ قَبْلَ هَذَا.

ثُمَّ قَالَ الْفَقِيهُ: «وَلَوْ كَانَ عَبْدًا مَأْذُونًا، أَوْ شَرِيكَ عِنَانٍ، أَوْ مُضَارِبًا زَوَّجَ أَحَدٌ
 هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ؛ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ
رحمته، وَلَا تَجُوزُ [م/٣٧٤/٦] كِتَابَةُ هَؤُلَاءِ النَّفَرِ الثَّلَاثَةِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ النَّفَرِ الثَّلَاثَةِ - أَوْ مِنْ النَّفَرِ الْأَرْبَعَةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَا -

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٦٤].

غاية السار

العبد امرأة؛ لم يحز بالاتفاق؛ لأن في ذلك إيجاب الغرم، وليس فيه مصلحة. فصار تزويج العبد بمنزلة اصطناع المعروف، ولا يجوز لهؤلاء اصطناع المعروف. إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث رحمته الله.

وقال الإمام الأشيبنجابي رحمته الله في «شرح الطحاوي»: «الأب والوصي والمفروض لا يملكون العتق على مال، ويملكون المكاتب والمكاتب، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة، وليس لهم تزويج العبد.

وأما الصبي المأذون، والعبد المأذون، والشريك شركة عنان، والمضارب: لا تجوز لهم الكتابة، ولا تزويج العبد بالاجماع، وفي تزويج الأمة اختلاف، عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله: لا يجوز، وعند أبي يوسف رحمته الله: يجوز^(١). إلى هنا لفظ «شرح الطحاوي» رحمته الله.

فعلّم: أن المفروض لا خلاف فيه في جواز تزويجه الأمة، ولم يتعرض الشارحون كما هو عادتهم في التقليد.

وجه قول أبي يوسف رحمته الله في جواز تزويج الأمة: القياس على المكاتب، وهو أن المكاتب يجوز له تزويج الأمة، فكذا يجوز ذلك للمأذون؛ لأنهما يملكان ما كان من قبيل التجارة، وفي تزويج الأمة معنى الإجارة؛ لأن التزويج تملك المنفعة بعوض، والإجارة كذلك، والإجارة تجارة، فيكون تزويج الأمة تجارة أيضاً؛ لحصول معنى التجارة فيه.

وجه قولهما: أن المأذون ينصرف بحكم الإذن فيما كان تجارة، وتزويج [٤٥٢/٢] الأمة لا يسمى تجارة؛ لأن التجارة عبارة عن مبادلة المال بالمال، وفي

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأشيبنجابي [ق/٤٥٣].

لأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة؛ إذ هي مبادلة المال
بالمال، لهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد، والله أعلم.

﴿ غايه البيان ﴾

مع أن يوضح هذا المعنى، فصار كالكتابة، فلا يجوز للمأذون له أن يكتب
عنده، فكذا لا يزوج أمته.

خلاف المكاتب، فإنه يملك تزويج الأمة، كما يملك التجارة؛ لأنه من
غير اكتساب المال، والمكاتب يملك اكتساب المال؛ لصيرورته ملحقاً بالأحرار
في حق الاكتساب ضرورة التوسل إلى أداء بدل الكتابة، فظهر الفرق بين المكاتب
والمأذون.

قوله: (فيعتبر بالكتابة دون الإجارة؛ إذ هي مبادلة المال بالمال)، أي: يعتبر
تزويج الأمة بالكتابة؛ لأن كلا منهما مبادلة المال بغير المال؛ لأن البدل في الكتابة
بمقابلة فك الحجر، فلا يجوز للمأذون له أن يكتب، فكذا لا يجوز له أن يزوج
الأمة.

ولا يعتبر تزويج الأمة بالإجارة كما قال أبو يوسف رحمته الله؛ لأن الإجارة مبادلة
المال بالمال، ولا مشابهة بينهما، والمنفعة في باب الإجارة مال؛ لأن المنافع
تصلح مهراً في باب النكاح، مع أن النكاح لا يشرع بلا مال؛ لقوله رحمته الله: ﴿أَنْ
تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

والله رحمته الله أعلم بالصواب.



فصل

قال: وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه، دخل في كتابته؛ لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإنكار. ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه.

عناية البيان

فصل

لما ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصل: شرع يذكر [١٧٩] وقوع الكتابة بسبل التبعية؛ لأن التبعية بعد الأصل.

قوله: (قال: وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه، دخل في كتابته). أي: قال القنوري رحمه الله في «مختصره»^(١).

وإنما قال: دخل في كتابته ولم يقل: صار مكاتباً؛ لأن الكتابة في المشتري بسبل التبعية، ولو كانت بطريق الأصل لقيت بعد عجز المكاتب.

وجملة القول هنا: ما قال القنوري في كتاب «التفريب»: «قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اشترى المكاتب ذوي أرحامه، دخل في الكتابة من له ولاد استحسن». وقال: يدخل في الكتابة من يعتق على الحر إذا ملكه.

وجه القياس: أن المشتري كسب له، والسراية لا تثبت للأكساب؛ بدلالة كسب المذبر وأم الولد، وكسب الجارية التبعية في يد البائع، ولأنهم لو دخلوا لاستحقوا الحرية بفعله من غير عوض، وهو لا يملك هذا المعنى، وإنما استحسنوا في الأبوين والولد؛ لأنهم ينتسبون إليه بالولاد كالولد المولود، ويحوز القياس عندنا على موضع الاستحسان إذا أجمعوا على القياس عليه.

(١) ينظر: مختصر القنوري، [ص ١٧٩].

غاية البيان

لهما: أن المشتري إذا كان بينه وبين المشتري رحمٌ كاملٌ، صارَ في حكمه؛ بدلالة الحرِّ إذا اشترى ذا رحمٍ^(١).

والجواب: أن الحرَّ يملك الحرَّيةَ بغيرِ عوضٍ، والمُكاتبُ لا يملكها، وليس هذا كالمولود في الكتابة، لأنَّ الحرَّيةَ تثبتُ له من طريقِ السَّرايةِ لا بفعله. كذا في «التقريب».

وقال الطَّحاويُّ رحمه الله في «مختصره»: «ومن ملكه المُكاتبُ من ولده وإن سفلَ، أو من ولده وإن علا؛ لم يكنْ له أن يبيعه، وكانَ له كسبه، فإذا أدَّى المُكاتبُ الكتابةَ عتقَ وعتقَ معه من اشتراه ممنْ ذكَّرنَا.

وإن اشترى سوى منْ ذكَّرنَا من ذوي أرحامِهِ المُحرَّماتِ؛ فإن أبا حنيفةً رحمه الله كانَ يقولُ: له أن يبيعهنَّ جميعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليسَ له أن يبيعَ أحداً منهم، وهم في حكم من سواه من ذوي أرحامِهِ المُحرَّماتِ.

وإن مات المُكاتبُ والمُكاتبَةُ عليه^(٢)، وتركَ من اشترى ممنْ له بيَّعه في قول أبي حنيفةً رحمهما الله، وممنْ ليسَ له بيَّعه في قوله من ذوي أرحامِهِ المُحرَّماتِ؛ فإن أبا حنيفةً قال: يُباعون جميعاً، وسوى في ذلك بينَ الوالدينِ وبينَ غيرهما إلا في ولده؛ فإنَّه قال: يُقالُ له: إن أدَّيت المُكاتبَةَ حالَّةً قبلناها منك وعتقتَ [٥٤٣/٢]، وعتقَ أبوك بعتاقك، وإن أبَّيتَ ذلك كنتَ أنتَ وأبوك مملوكَيْنِ.

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦١٣/٣]، «تبيين الحقائق» [١٥٨/٥، ١٥٩]، «الجوهر النيرة»

[١٤٥/٢]، «تكملة البحر الرائق» [٥٥/٨]، «الدر المختار» [١٠٩/٦]، «الفتاوى الهندية»

[١١/٥]، «حاشية ابن عابدين» [١٠٩/٦].

(٢) أي: بدل الكتابة. كذا جاء في حاشية: «م»، و«ن».

غاية البيان

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: كل ذوي أرحامه المُحَرَّمات في هذا في حكم ابنه المولود في الكِتَابَةِ مِنْ أُمَةٍ كَانَتْ لَهُ، يَسْعَوْنَ فِي الْمُكَاتَبَةِ عَلَى نَجْوِمِهَا، فَإِنْ أَدُّوا عَتَقُوا، وَعَتَقَ الْمُكَاتِبُ الْمِيثُ، وَإِنْ عَجَزُوا عَنْهَا عَادُوا، وَعَادَ الْمِيثُ الْمُكَاتِبُ رَقِيقًا. إلى هنا لفظ «مختصر الطحاوي رضي الله عنه»^(١).

وقال النَّاطِقِيُّ رضي الله عنه في كتاب «الأجناس»: «قال في مُكَاتِبِ «الأصل»^(٢): نَمِ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ أَبَاهُ، أَوْ جَدَّهُ، أَوْ وَلَدَهُ [٣٧٥/٦ م]، أَوْ أُمَّهُ؛ لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُمْ، وَنَمِ اشْتَرَى أَخَاهُ، أَوْ عَمَّهُ، أَوْ ابْنَ عَمِّهِ، أَوْ ابْنَ أُخْتٍ؛ لَهُ بَيْعُهُمْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ بَيْعٌ هَؤُلَاءِ.

وقال أبو حنيفة: لو أعتق مولاة من لم يملك المُكَاتِبُ بَيْعَهُ مِنْ هَؤُلَاءِ؛ جَارَ عِتْقُهُ، وَلَا يَجُوزُ عِتْقُهُ لِمَنْ لَا يَمْلِكُ الْمُكَاتِبُ بَيْعَهُ، وَلَوْ مَلَكَ الْحُرُّ هَؤُلَاءِ عَتَقُوا عَلَيْهِ، فَعَلَى رَوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ: تَكَاتَبُوا عَلَيْهِ، وَدَخَلُوا فِي كِتَابَتِهِ مَعَهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ بَيْعُهُمْ مِنْ هَؤُلَاءِ.

وفي «المجرد»^(٣): «قال أبو حنيفة رضي الله عنه: «لِلْمُكَاتِبِ أَنْ يُكَاتِبَ أَبَوَيْهِ وَأَوْلَادَهُ الْمَشْتَرَاةَ، فَدَلَّ أَنَّهُمْ لَمْ يَتَكَاتَبُوا عَلَيْهِ»^(٤). هكذا ذكر صاحب «الأجناس».

ثم قال: «والفرق لأبي حنيفة بين الحرِّ والمُكَاتِبِ فِي الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَأَوْلَادِهِمُ وَالْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ هُوَ: أَنَّ مِلْكَ الْمُكَاتِبِ نَاقِصٌ؛ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٩٢ - ٣٩٣].

(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [١٨٦/٥ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) المجرد: اسم كتاب صنّفه الحسن بن زياد تلميذ أبي حنيفة رضي الله عنه. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطق [٣٣٨/١].

وَأَشْتَرَىٰ ذَا رَجْمٍ مَّحْرَمٍ مِنْهُ لَا وَلَادَ لَهُ؛ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . . . وَقَالَا: يَدْخُلُ؛ اِعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الْوَلَادِ إِذْ وَجُوبُ الصَّلَةِ يَنْتَظِمُهُمَا وَبِهِ لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْحُرِّ فِي حَقِّ الْحُرِّيَّةِ .

﴿ غاية البيان ﴾

رُوحَتَهُ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، وَقَرَابَةُ هَؤُلَاءِ ضَعِيفَةٌ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَجَوَّزَ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ سَعِيًّا . فَصَادَفَتْ قَرَابَةُ ضَعِيفَةٌ مِلْكًا نَاقِصًا لِذَلِكَ لَمْ يَتَكَاتَبُوا عَلَيْهِ .

وَعُكْسُهُ قَرَابَةُ الْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَالْأَوْلَادِ، لَمَّا كَانَتْ هَذِهِ الْقَرَابَةُ قَوِيَّةً؛ تَكَاتَبُوا عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِلْكُهُ نَاقِصًا؛ لِقُوَّةِ هَذِهِ الْقَرَابَةِ، فَلَمْ يُوجَدْ مُصَادِفَةٌ نَاقِصٍ نَاقِصًا، وَلَا كَذَلِكَ فِي الْحُرِّ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ كَامِلٌ؛ بِدَلِيلِ: أَنَّهُ لَوْ مَلَكَ امْرَأَتَهُ فَسَدَ النِّكَاحُ، فَقَدْ صَادَفَ قَرَابَةُ نَاقِصَةً مِنْ وَجْهِ، وَهُوَ جَوَّازُ شَهَادَةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ، وَكَامِلَةً مِنْ وَجْهِ، وَهُوَ بَطْلَانُ النِّكَاحِ بَيْنَ ذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ مِلْكًا كَامِلًا، لِذَلِكَ عَتَقُوا عَلَيْهِ^(١) .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اشْتَرَىٰ ذَا رَجْمٍ مَّحْرَمٍ مِنْهُ لَا وَلَادَ لَهُ؛ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) .

وَقَالَا: يَدْخُلُ)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ^(٢) وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ .

وَأَرَادَ بِذِي رَجْمٍ مَّحْرَمٍ: مَنْ يَحْرُمُ نِكَاحَهُ بِالنَّسَبِ، وَمَنْ لَا وَلَادَ لَهُ، كَالِإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ وَأَوْلَادِهِمْ، فَإِذَا مَلَكَهُمْ الْحُرُّ يَعْتَقُونَ عَلَيْهِ، وَإِذَا مَلَكَهُمْ الْمُكَاتَبُ؛ لَا يَتَكَاتَبُونَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهُمَا^(٣) .

قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْحُرِّ فِي حَقِّ الْحُرِّيَّةِ)، أَي: وَلَا جُلَّ أَنْ وَجُوبَ

(١) ينظر: «الأجناس» للناظمي [٣٣٨/١، ٣٣٩] .

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٧٩] .

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦٣١/٣]، «تبيين الحقائق» [١٥٩/٥]، «الفتاوى الهندية» [١١/٥]،

«حاشية ابن عابدين» [١٢٠/٦] .

وَلَهُ أَنْ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا، غَيْرَ أَنَّ الْكَسْبَ يَكْفِي الصَّلَةَ فِي الْوِلَادِ
حَتَّى أَنْ الْقَادِرَ عَلَى الْكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ وَلَا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا
حَتَّى لَا يَجِبُ نَفَقَةُ الْأَخِ إِلَّا عَلَى الْمُوسِرِ،

غاية البيان

الصَّلَةُ يَنْتَظِمُ قَرَابَةُ الْوِلَادِ وَغَيْرِهَا مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ الْمُحَرَّمَاتِ لَمْ يَفْتَرَقْ فِي حَقِّ
الْحُرِّ فِي الْحَرِيَةِ الْقَرَابَتَانِ جَمِيعًا، حَتَّى إِنْ الْحُرُّ إِذَا مَلَكَ قَرَابَةَ الْوِلَادِ يَغْتَقُ عَلَيْهِ،
وَيَغْتَقُ أَيْضًا إِذَا مَلَكَ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْأَعْمَامَ وَالْعَمَّاتِ عِنْدَنَا، فَيَنْبَغِي أَلَّا
تَفْتَرَقَ الْقَرَابَتَانِ فِي حَقِّ الْمُكَاتَبِ أَيْضًا، فَإِذَا مَلَكَ قَرَابَةَ الْوِلَادِ يَتَكَاتَبُونَ عَلَيْهِ،
فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَكَاتَبَ إِذَا مَلَكَ سَائِرَ ذَوِي الْأَرْحَامِ الْمُحَرَّمَاتِ مِنْ غَيْرِ قَرَابَةِ الْوِلَادِ.

ولقائل أن يَمْنَعَ هذا وَيَقُولُ: لَا يَفْتَرِقَانِ أَيْضًا فِي الْمُكَاتَبِ حَتَّى لَا يَتَكَاتَبَ
عَلَيْهِ أَبُوهُ، أَوْ ابْنُهُ إِذَا مَلَكَهُ عَلَى رَوَايَةِ «الْمَجْرَدِ»، أَوْ الْفَرْقُ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمُكَاتَبِ
عَلَى تَقْدِيرِ التَّسْلِيمِ [١/٣٧٦م] مَا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا عَنِ «الْأَجْنَاسِ»^(١).

قَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنْ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا)، أَي: لَيْسَ لَهُ حَقِيقَةُ الْمِلْكِ، أَوْ لَيْسَ
لَهُ مِلْكٌ كَامِلٌ، وَلِهَذَا إِذَا اشْتَرَى زَوْجَتَهُ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، وَلَا [٢/٥٤٣ظ] يَجُوزُ قَرْضُهُ
وَلَا هِبَتُهُ، وَيَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ مِنَ الصَّدَقَاتِ، وَالْقَادِرُ عَلَى الْكَسْبِ يَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَةُ
فِي الْوِلَادِ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْقَادِرِ عَلَى الْكَسْبِ نَفَقَةُ الْوِلَادِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ
الصَّلَةُ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ.

ولِهَذَا لَا تَجِبُ نَفَقَةُ الْأَخِ عَلَى الْأَخِ الْمُعْسِرِ إِلَّا إِذَا كَانَ مُوسِرًا، فَلَمَّا كَانَ
كَذَلِكَ قُلْنَا: إِنْ الْمُكَاتَبُ لَهُ كَسْبٌ، وَيَكْفِي ذَلِكَ لِلصَّلَةِ فِي الْوِلَادِ، فَيَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ
قَرَابَةُ الْوِلَادِ، وَلَا يَكْفِي ذَلِكَ لِلصَّلَةِ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ، فَلَا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ الْأَخُ وَالْعَمُّ
وَنَحْوُهُمَا.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطقي [١/٣٣٨].

ولأن هذه قرابة متوسطة ، توسّطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة وهذا أولى ؛ لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه .

﴿ غايه البيان ﴾

قوله : (ولأن هذه قرابة متوسطة ، توسّطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد) ، إلى آخره .

يعني : أن القرابة ثلاثة أنواع :

قرابة قريبة : كقرابة الولاد يثبت فيها حرمة النكاح وردّ الشهادة .

وقرابة بعيدة : كقرابة بني الأعمام لا يثبت فيها حرمة النكاح وردّ الشهادة .

وقرابة متوسطة : وهي قرابة ذوي الرّحم المحرّمات من غير الولاد كقرابة الإخوة والأعمام ونحو ذلك يثبت فيها حرمة النكاح ، وتقبل شهادة بعضهم لبعض . فإذا كانت هذه القرابة متوسطة ألحقناها بالقرابة القريبة والبعيدة جميعاً ؛ لأنها ذات حظ من الجانبين ، فالحقناها بالقرابة في حق العتق ، حتى إذا ملك الحر أخاه أو عمه يعتق عليه ، كما إذا ملك أباه أو ابنه ، وألحقناها بالبعيدة في حق الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه أو عمه ؛ لا يتكاتب عليه كما إذا ملك بني عمه ، ولم يعكس في الإلحاق ؛ لأن العتق أسرع نفاداً ، فكان أقوى كقرابة الولاد فتناسبا ، ولهذا لا يجوز فسح العتق أصلاً ، والكتابة تقبل الفسخ بالقضاء أو التراضي .

يحقّقه : أن أحد الشريكين إذا عتق ليس لشريكه فسخه ، وإذا كاتب كان لشريكه فسخه .

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَى أُمُّ وَلَدِهِ؛ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الْوَلَدِ فِي الْكِتَابَةِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا فَلِأَنَّهَا تَبِعَ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا الْحُكْمِ، قَالَ عليه السلام: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» فَإِنْ لَمْ يَكُنْ

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَى أُمُّ وَلَدِهِ؛ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا)،
أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ عليه السلام فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَنَقَلَ النَّاطِقِيُّ^(٢) عليه السلام فِي «الْأَجْنَاسِ» عَنْ «نَوَادِرِ ابْنِ رُسْتَمٍ» وَقَالَ: «مُكَاتَبٌ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ وَقَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ، فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ عليه السلام قَالَ: إِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ سَعَتْ^(٣)، وَإِلَّا لَمْ تَسْعَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ عليه السلام: عَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَهَكَذَا كَانَ قَوْلُ يَعْقُوبَ عليه السلام ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام. إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْأَجْنَاسِ».

ثُمَّ قَالَ فِيهِ: «وَفِي «الْمُكَاتَبِ» رَوَايَةُ أَبِي سَلِيمَانَ عليه السلام: إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَتْ: أُوْدِيَ الْكِتَابَةُ كُلُّهَا فِي الْحَالِ؛ لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهَا، وَتُبَاعَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام».

ثُمَّ قَالَ: «وَفِي «الْمُكَاتَبِ» [٣٧٦/٦م] لِلْحَسَنِ: إِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أُمَّ وَلَدِهِ، وَلَيْسَ مَعَهَا وَلَدٌ؛ لَهُ بَيْعُهَا، وَلَوْ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ أَوَّلًا، ثُمَّ اشْتَرَى ابْنًا لَهُ مِنْهَا؛ لَمْ يَسْتَطِعْ بَيْعُهَا، وَإِنْ مَاتَ لَمْ يَسْعَ فِيهَا عَلَى الْمُكَاتَبِ، لَكِنْ إِنْ أَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ حِينَ يَمُوتُ عَتَقًا»^(٤). كَذَا فِي «الْأَجْنَاسِ».

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «ونقل الشافعي». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٣) وقع بالأصل: «بيعت». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطقي [٣٤٠/١].

مَعَهَا وَلَدُهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليه السلام؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ،
جَرَّاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ. وَلَهُ أَنْ الْقِيَاسُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ؛ لِأَنَّ
نَسَبَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَخْتَمِلُ الْقُسْخُ، (١٢٨/٥) إِلَّا أَنَّهُ يَنْبُتُ

غاية البيان

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ عليه السلام فِي «الكَافِي» فِي بَابِ مَوْتِ الْمُكَاتَبِ: «وَإِذَا تَرَكَ
مُكَاتَبٌ أُمَّ وَلَدٍ، وَلَيْسَ مَعَهَا وَلَدٌ، وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ بَيَّعَتْ فِي الْمُكَاتَبَةِ، وَإِنْ كَانَ
مَعَهَا وَلَدٌ اسْتُسْعِيَتْ فِيهَا عَلَى الْأَجَلِ الَّذِي كَانَ لِلْمُكَاتَبِ، صَغِيرًا كَانَ وَلَدُهَا أَوْ
كَبِيرًا».

وَإِنْ كَانَ تَرَكَ مَا لَا لَمْ يُؤَخَّرْ إِلَى أَجَلِهِ، وَصَارَ حَالًا، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ
عليه السلام. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليه السلام: حَالُ أُمِّ الْوَلَدِ بِغَيْرِ الْوَلَدِ كَحَالِهَا مَعَ الْوَلَدِ فِي
جَمِيعِ ذَلِكَ ^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ عليه السلام فِي «الكَافِي».
أَمَّا دُخُولُ الْوَلَدِ فِي الْكِتَابَةِ: فَلْتَحْقِيقُ مَعْنَى الصَّلَةِ.

بَيَانُهُ: أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى ابْنَهُ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِعْتَاقِ؛ لَعَتَّقَ عَلَيْهِ، وَقَدْ اشْتَرَى
وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابَةِ لَا مِنْ أَهْلِ الْإِعْتَاقِ، فَتَكَاتَبَ عَلَيْهِ تَحْقِيقًا لِلصَّلَةِ بِقَدْرِ
الْإِمْكَانِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (فَلَمَّا ذَكَرْنَا).

وَأَمَّا عَدَمُ جَوَازِ بَيْعِهَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا: فَبِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ [٥٤٤/٢] حَقَّ
الْحُرِّيَّةِ يَنْبُتُ لَهَا تَبَعًا لَوْلَدِهَا؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» ^(٢)، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ
عِنْدَهُمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ اسْتَحِقَّتْ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ، فَيَمْتَنِعُ بَيْعُهَا
كَبَلَا يَلْزَمُ إِبْطَالُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: إِنَّ مِلْكَ الْمُكَاتَبِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا لَهُ فِيهِ حَاجَةٌ أَصْلِيَّةٌ،

(١) ينظر: «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/١٠٠].

(٢) هَذَا جُزْءٌ مِنْ حَدِيثٍ مَضَى تَخْرِيجُهُ.

بِهِ هَذَا الْحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ فِي الْوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ ، وَبِدُونِ الْوَلَدِ
لَوْ ثَبَتَ ثَبَتَ ابْتِدَاءً وَالْقِيَاسُ يَنْفِيهِ .

وَإِنْ وَلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أُمِّهِ لَهُ ؛ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَالْمُكَاتَبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ثُبُوتِ الْحَقِّ لِأُمِّ وَلَدِهِ ابْتِدَاءً ، فَصَارَ كَأَنَّهُ مَلَكَهَا وَهُوَ عَبْدٌ ،
فَتُبَاعُ أُمُّ وَلَدِهِ إِذَا مَاتَ عَاجِزًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ؛
لَأَنَّ بَقْيِنَا الْعَقْدَ عَلَى الْوَلَدِ ، لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَتِهِ ، فَإِذَا بَقِيَ فِيهِ بَقِيَ فِي الْأُمِّ
تَبَعًا ، لِأَنَّ الْوَلَدَ هُوَ الْأَصْلُ فِي هَذَا الْحَقِّ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا .

وَالْتَحَقِيقُ هُنَا أَنْ يُقَالَ : إِنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي جَوَازَ بَيْعِهَا ، وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ ؛
لَأَنَّ حَقَّ الْإِسْتِيلَادِ لَا يَنْقَسِحُ ، وَمِلْكُ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ مَا لَا
يَحْتَمِلُ الْقَسْحَ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَنْقَسِحُ أَقْوَى ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ فِي ضِمْنِ الْأَدْنَى ؛ لِأَنَّ
الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ .

وَلِأَنَّ مَالَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ وَعَلَى مَوْلَاهُ ، فَإِذَا أَدَّى الْكِتَابَةَ كَانَ الْفَاضِلُ
لِلْمُكَاتَبِ ، وَإِنْ عَجَزَ وَرَدَّ فِي الرَّقِّ ؛ كَانَ الْكُلُّ لِمَوْلَاهُ ، ثُمَّ لَمْ يَثْبُتِ الْإِسْتِيلَادُ فِي
جَارِيَةِ الْمَكَاتَبِ بِدَعْوَى الْمَوْلَى ، فَكَذَا بِدَعْوَى الْمَكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى صَادَقَتْ
مِلْكًا مَوْقُوفًا .

وَأَمَّا تَرْكُ الْقِيَاسِ إِذَا كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ ثَبَتَ لَهَا عَلَى [٦/٣٧٧/٢]
طَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْوَلَدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا مَاتَ يَخْلُفُهُ الْوَلَدُ ، فَتُسْتَحَقُّ الْأُمُّ
الْحُرِّيَّةَ بِكِتَابَتِهِ ، وَإِذَا انْفَرَدَتِ الْأُمُّ لَمْ يَوْجَدْ هَذَا الْمَعْنَى ، فَجَازَ بَيْعُهَا ، وَبَقِيَ الْحُكْمُ
عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ وَلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أُمِّهِ لَهُ ؛ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ 

باب المكاتبة

في «مختصره»، وتماثله فيه: «فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ، وَكُنْبُهُ لَهُ» (١)، أي: إن وُلِدَ
مُكَاتِبٌ وَوُلِدَ مِنْ أُمِّهِ الَّتِي اشْتَرَاهَا؛ دَخَلَ الْوَلَدُ فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتِبِ، فَكَانَ حُكْمُ
وَلَدِهِ كَحُكْمِ الْمُكَاتِبِ، وَكُنْبُ الْوَلَدِ لِلْمُكَاتِبِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ كُنْبُهُ، وَكُنْبُ
نَوْبِهِ كُنْبُ كُنْبِهِ، فَيَكُونُ لَهُ.

وَنَمَّا كَانَ حُكْمُ الْوَلَدِ حُكْمَهُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْ حُكْمِهِ أَنْ يَتَّبَعَ الْآبَ مَا لَمْ يَسْتَقِلَّ
بِهِ حُكْمُهُ عَنْهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الْحُرِّ مِنْ أُمِّهِ حُرٌّ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ فِي مِلْكِهِ،
فَسَمَّا يَسْتَقِلَّ حُكْمُهُ إِلَى غَيْرِهِ، فَكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُكَاتِبِ مِنْ أُمِّهِ يَكُونُ فِي حُكْمِهِ، وَكَذَلِكَ
يَصَدُّ بِدُخُولِ وَلَدِ الْمُكَاتِبَةِ مِنْ زَوْجِهَا فِي كِتَابَتِهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: لَا يَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَكِنَّهُ يَغْتَقُ بِعَقْدِهَا فِي أَحَدِ
نَحْوَيْنِ، وَلَا يَغْتَقُ عَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ (٢). كَذَا فِي «شرح الأقطع» (٣).

وَلَنَا: أَنَّ الْكِتَابَةَ حَقٌّ حُرِّيَّةٍ يَمْنَعُ الْبَيْعَ، فَسَرَى إِلَى الْوَلَدِ كَالِإِسْتِيلَادِ، وَلِأَنَّ
إِسْتِيلَادَ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الْبَيْدِ، فَإِذَا سَرَى إِلَى الْوَلَدِ فَالْكِتَابَةُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا تُوجِبُ
زَوَالَ بَيْدِ الْمَوْلَى.

فَإِنْ قِيلَ: الْوَلَدُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِلْكًا لِلْمَوْلَى، أَوْ لِلْمُكَاتِبِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ
مِلْكًا لِلْمُكَاتِبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِلْكًا لِلْمَوْلَى، وَهُوَ لَمْ
يَرْضَ إِلَّا بِكِتَابَةِ الْأُمِّ خَاصَّةً، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَرْضَ بِهِ.

قِيلَ لَهُ: هَذَا التَّقْسِيمُ مُوجُودٌ فِي أُمِّ الْوَلَدِ، وَيَتَّبِعُهَا فِي حُكْمِهَا، فَبِأَيِّ شَيْءٍ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

(٢) والقول الثاني: هو المذهب. وهو أن ولد المكاتب مكاتب. ينظر: «الأم» للشافعي [٣٩١/٩].
و«الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٤/١٨]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٥٣٦/٧].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٢].

اتفصلوا به هناك فهو الجواب في مسألتنا ، فإذا ثبت أن الولد حكمه حكم المكاتب يَدْخُلُ في كتابته ؛ كان كسبه له ؛ لأنه إذا لم تُوجَدِ الدَّعْوَةُ منه ؛ كان الولد وكسبه للمكاتب ، فكذا إذا وُجِدَتِ الدَّعْوَةُ ؛ لأنه لا يَمْلِكُ إخراج ملكه إلى غيره بغير عَوْضٍ ، فكان له كسب الولد بعد الدَّعْوَةِ أيضاً .

وهذا معنى قوله ، (وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ ، فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ) ، أي : اختصاص المكاتب بكسب ولده ، يَعْنِي : اختصاصه الذي كان ثابتاً قَبْلَ الدَّعْوَةِ .

فَإِنْ قُلْتُ : الْمُكَاتَبُ لَا يَمْلِكُ وَطْءَ جَارِيَتِهِ ، ولهذا قَالَ فِي «أَصُولِ [٢/٥٤٤هـ] الفقه» فِي بَابِ الْأُمُورِ الْمُعْتَرِضَةِ عَلَى الْأَهْلِيَّةِ : «لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ وَالْمُكَاتَبُ التَّسْرِيَّ»^(١) ، وَقَدْ صَرَّحَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ رحمهما الله فِي كِتَابِ «الْمَجْرَدِ» : أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَتَسَرَّى ، فَكَيْفَ قَالَ الْقُدُورِيُّ : «وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ» ؟!

قُلْتُ : لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ التَّسْرِيِّ إِلَّا يَتَّبِتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ ، وَأَلَّا يَدْخُلَ فِي كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِالشَّبْهَةِ يَكْفِي لِثَبَاتِ النَّسَبِ ، وَلِلْمُكَاتَبِ مِلْكُ الْيَدِ ، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً . [٦/٣٧٧هـ/م]

وَصَرَّحَ بِذَلِكَ فِي «الْمَجْرَدِ» أَيْضاً حَيْثُ قَالَ : «وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَتَسَرَّى جَارِيَةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً حُرَّةً ، وَلَا أَمَةً إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُ» . ثُمَّ قَالَ : «وَإِنْ تَسَرَّى فَوَلَدَ لَهُ وَلَدٌ فَادْعَاهُ ؛ كَانَ فِرَاشًا ، وَثَبَتَ النَّسَبُ» . هَذَا لَفْظُ الْحَسَنِ رحمهما الله .

ولهذا إذا ادَّعَى المولى ولد جارية مكاتبته^(٢) صحَّ النَّسَبُ لِلشَّبْهَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ الْوَطْءُ ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَلَدَ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ؛ ثَبَتَ النَّسَبُ ،

(١) ينظر : «أصول الفقه» للبرزدوي [ص/٣٣٣] .

(٢) وقع بالأصل : «مكاتبته» . والمثبت من : «م» ، و«غ» ، و«س» .

بما يبيِّن في المُشْتَرَى فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكُنْهِ لَهٗ ؛ لِأَنَّ كُنْهَ الْوَلَدِ كُنْهَ
 كُنْهِهِ وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ. وَكَذَلِكَ إِذَا
 وَلَدَتِ الْمُكَاتِبَةُ وَلَدًا لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا. فَيُسْرَى إِلَى الْوَلَدِ.
 كَشَدِيدٍ وَالِاسْتِيلَادِ.

في غيبة المبيع

مَعَ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ ، وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ الْأَبُ جَارِيَةً ابْنَهُ مَعَ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ
 نَسْبُهُ.

فَإِذَا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنَ الْأَبِ فَمِنَ الْعَوْلَى أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ جَارِيَةَ الْإِبْنِ تَحِلُّ لِلْأَبِ .
 وَجَارِيَةُ الْمُكَاتِبِ لَا تَحِلُّ لِلْمُكَاتِبِ ، فَفِي هَذِهِ الصُّورِ كُلُّهَا ثَبَتَ النَّسَبُ لِلشُّبْهَةِ .
 فَكَذَا يَثْبُتُ لِلْمُكَاتِبِ فِي وَلَدِ أُمِّهِ لِلشُّبْهَةِ أَيْضًا .

قَوْلُهُ : (لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَرَى) ، أَيِ : فِي الْوَلَدِ الْمُشْتَرَى . أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَ
 بِقَوْلِهِ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ : (لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتِبَ) .

قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتِبَةُ وَلَدًا) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْمُشْتَرَى .
 وَقَدْ بَيَّنَّا ، يَعْنِي : يَدْخُلُ وَلَدُ الْمُكَاتِبَةِ مِنْ زَوْجِهَا فِي كِتَابَتِهَا كَمَا يَدْخُلُ وَلَدُ أُمِّهِ
 فِي كِتَابَتِهِ .

قَوْلُهُ : (لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا. فَيُسْرَى إِلَى الْوَلَدِ. كَشَدِيدٍ
 وَالِاسْتِيلَادِ) ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَوْصَافَ الْقَارَّةَ فِي الْأَمْثَالِ تُسْرَى إِلَى الْأَوْلَادِ كَمَا فِي
 التَّشْدِيدِ وَالِاسْتِيلَادِ ، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ : (مُؤَكَّدًا) عَنِ الْأَمَةِ الْآيِقَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا .
 وَلَكِنْ امْتِنَاعُ الْبَيْعِ فِيهَا لَيْسَ بِمُؤَكَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَرْوُلُ وَلَا يَدُومُ ، فَهَمْ يَسْرِ الْأَمْتَعُ
 إِلَى وَلَدِهَا ، فَجَارَ بَيْعُ الْوَلَدِ .

(وَلَدٌ مُشْتَرَى بِمَنْزِلَتِهَا إِذَا وَلَدَتْهُ فِي حَالَةِ التَّشْدِيدِ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَسْحُوقٌ لِحُرِّيَّةِ . وَظَهَرَ فِي حَوِ
 جَمِيعِ أَحْزَانِهَا . وَالْوَلَدُ مِنْ أَحْزَانِهَا ، بِخِلَافِ مَا نَوَّوْنَدَتْهُ قَبْلَ التَّشْدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ مَقْصُورٌ عَنْهَا . فَلَا يَصْهَرُ =

قوله (قَالَ) وَإِنْ تَزَوَّجَ لِمُكَاتَبٍ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ لَهُ
بَنَاتٍ أَوْ بَنِينَ، فَلَا يَأْخُذُ بِهِنَّ وَلَا يَأْخُذُ بِمَوْلَاهُ الْعَبْدُ بِأَذْنِ لَهُ مَوْلَاهُ
بِالتَّزْوِيجِ. (قَالَ) فِي الْجَمْعِ الصَّغِيرِ.

قوله (قَالَ) وَإِنْ تَزَوَّجَ لِمُكَاتَبٍ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ لَهُ
بَنَاتٍ أَوْ بَنِينَ، فَلَا يَأْخُذُ بِهِنَّ وَلَا يَأْخُذُ بِمَوْلَاهُ الْعَبْدُ بِأَذْنِ لَهُ مَوْلَاهُ
بِالتَّزْوِيجِ. (قَالَ) فِي الْجَمْعِ الصَّغِيرِ.

قوله (قَالَ) وَإِنْ تَزَوَّجَ لِمُكَاتَبٍ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ
بَنَاتٍ أَوْ بَنِينَ، فَلَا يَأْخُذُ بِهِنَّ وَلَا يَأْخُذُ بِمَوْلَاهُ الْعَبْدُ بِأَذْنِ لَهُ مَوْلَاهُ
بِالتَّزْوِيجِ. (قَالَ) فِي الْجَمْعِ الصَّغِيرِ.

وصورتها فيه: (مُكَاتَبٌ) عَنْ يَحْيَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِي الْمُكَاتَبِ بِأَذْنِ لَهُ
مَوْلَاهُ بِالتَّزْوِيجِ. فَتَبَيَّنَ امْرَأَةً فَتَزَوَّجَهَا، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا، ثُمَّ

﴿٢﴾ هاية البيان ﴿٢﴾

استحقها رَجُلٌ بِالْبَيْتَةِ [٢/٣٧٨/٦] أنها له ، قال : أولادها عبيدٌ ، ولا يأخذهم بِالْقِيَمَةِ ، وكذلك العبدُ يأذنُ له مولاه بالتزويج»^(١) . إلى هنا لفظُ محمدٍ ﷺ في أصلِ «الجامع الصغير» .

ولم يذكُر الخلاف فيه كما ترى ، وقد ذكروا في «شروح الجامع الصغير» فيها خلافاً ، وأكثرهم ذكروا [٥/٤٥٠/٢] قولَ أبي يوسفَ مع أبي حنيفةٍ ﴿٢﴾ .

أما الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ : فقد ذكرَ قولَ أبي يوسفَ مع محمدٍ ﷺ ، وما ذكره غيرُ الفقيهِ أصحُّ ؛ لأنه قوله المرجوعُ إليه ، وبه صرَّحَ القدوريُّ ﷺ في كتابِ النِّكَاحِ مِنْ «التقريب» فقال : «قال أبو حنيفةٌ وأبو يوسفَ ﴿٢﴾ : لَا يَبْتَئُ لِلْعَبْدِ حُكْمُ الْغُرُورِ وَأَوْلَادُهُ عَبِيدٌ ، وَرَوَى زُفَرٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﴿٢﴾ : أَنَّهُ يَكُونُ مَغْرُورًا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ الْأَوَّلِ ، ذَكَرَ رَجُوعَهُ فِي الدَّعْوَى ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ : أَوْلَادُهُ أَحْرَارٌ»^(٢) . إلى هنا لفظُ كتابِ «التقريب» .

وقال في «شرح الطحاوي» : «وَمِنْ غُرٍّ مِنَ الْمَكَاتِبِينَ فِي أَمَةٍ ابْتَاعَهَا فَوْقَ عَلَيْهَا ، ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ ؛ كَانَ عَلَيْهِ عَقْرُهَا ، وَيُؤْخَذُ مِنَ الْمَكَاتِبَةِ ، وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَإِذَا هِيَ أَمَةٌ لَرَجُلٍ ، وَلَمْ يَأْذِنْ لَهَا مَوْلَاهَا بِالنِّكَاحِ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ، وَيُؤْخَذُ الْعَقْرُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ بِكَرًّا فَافْتَضَّهَا يُؤْخَذُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ جَنَائِيَّةٌ ، هَذَا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى لَمْ يَأْذِنْ لِلْمَكَاتِبِ فِي النِّكَاحِ ، فَإِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فَالْعَقْرُ يُؤْخَذُ مِنْهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي النِّكَاحِ يَتَنَاوَلُ الْجَائِزَ وَالْفَاسِدَ جَمِيعًا ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يُولَدْ لَهُ ، فَإِنْ وُلِدَ لَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْجَارِيَةُ ؛ فَإِنَّهُ تُسْتَرَدُّ الْجَارِيَةُ ، فَالْوَلَدُ يَكُونُ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يَوْسَفَ ﷺ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ : يَكُونُ الْوَلَدُ حُرًّا

(١) ينظر : «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠] .

(٢) ينظر : «البنية شرح الهداية» [١٠/٤٠٤] .

.....
 هاية البيان

بِالْقِيَمَةِ» إلى هنا لفظ الإمام الأسينجابي رحمته الله في «شرح الطحاوي».

وَجْهٌ قول محمد رحمته الله: في أن الولد حرٌّ بالقيمة يؤدّيها المكاتب إلى المُستحقّ إذا عتق أن العبد شارك الحرَّ في سبب حقّ استحقاق حُرِّيَّة الأولاد، فيشاركه في الحكم؛ لأن الاشتراك في السبب يُوجب الاشتراك في الحكم لا محالة.

ألا ترى أن العبد والحرَّ إذا اشتركا في ثبوت اليد على العين؛ اشتركا في استحقاق العين، وإذا ملكا النكاح ملكا الطلاق، وهذا لأن الحرَّ المغرور قصّد حُرِّيَّة الأولاد ورغب فيها بسبب صحيح، فلمّا بطل ذلك السبب بالاستحقاق؛ وجب توفير حقّ المغرور بحرية الأولاد بالقيمة نظراً للجانبين: جانب المغرور، وجانب المُستحقّ، والعبد أيضاً قصّد حُرِّيَّة أولاده بسبب صحيح، فبطل السبب، فيشارك الحرَّ في الحكم، وهو توفير حقه بحرية أولاده بالقيمة، فيكون أولاده أحراراً بالقيمة كما في الحرّ.

ووجه قولهما: أن الولد مخلوق من مائتي رقيقين [٣٧٨/٦ م]، فيكون رقيقاً كما لو كان عالماً بحالها، وكان القياس في ولد المغرور الحرّ كذلك اعتباراً لجانب الأم، إلا أننا تركنا القياس بإجماع الصحابة في ولد الحرّ.

ولا يُقاس عليه ولد العبد؛ لأن القياس لا يُمكن هنا؛ لأن القياس تعديّة الحكم من الأصل إلى فرع هو نظيره بعينه، وهنا لا مماثلة بين الفرع والأصل؛ لأن الشّرع حكم في الأصل بحرية الأولاد؛ إبقاء لماء الحرّ على الحرّية نظراً للمغرور، ولكن بالقيمة في الحال نظراً للمُستحقّ.

وفي الفرع لو ثبت حُرِّيَّة الأولاد؛ لا يثبت إبقاء لماء المغرور على الحرّية؛

بِشْرَكَ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْغُرُورُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي رَحْمَةِ لَا يَسْتَأَلُ حُرِّيَّةَ الْأَوْلَادِ.

وَنَهَمَ: أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ رَقِيقًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَلَدَ يَبْدُو لَأَنَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ،

غاية البير

لَا نَمَعُورَ هُنَا عَبْدٌ، بَلْ تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ ابْتِدَاءً فِي الْوَلَدِ، لَا بِنَاءً عَلَى إِبْقَاءِ مَا مَعُورٍ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَأَيْضًا إِذَا وَجِبَتْ الْحُرِّيَّةُ بِالْقِيَمَةِ لَا يُؤَاخَذُ الْمُكَاتَّبُ بِهَا فِي حُرِّهِ. بَلْ يُؤَدِّيهَا بَعْدَ الْعَتَقِ، وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ بِالْمُسْتَحَقِّ، فَخَسَدَ الْقِيَاسُ؛ لِمُخَالَفَةِ نَصِّ وَتَفْرِيعِ.

وَنَمَّا لَزِمَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ؛ لِأَنَّهُ نَظِيرُ الْكَفَالَةِ، وَالْعَبْدُ لَا يُؤَاخَذُ بِذَلِكَ فِي الْحَالِ؛ لَأَنَّهُ ضَمَنٌ لَا يُقَابِلُهُ مَالٌ، وَلِأَنَّ الْمَعُورَ فِي الْأَصْلِ حُرٌّ، فَإِذَا لَمْ يَعْتَقِ وَلَدَهُ، يَلْحَقَهُ عَرَرٌ: بِأَنَّهُ يَرِقُّ مَأْوُهُ، وَفِي الْفَرْعِ رَقِيقٌ، فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، فَصَعُرَتِ التَّعْلِيلُ، وَالْبَحْثُ [٢: ٤٤٥ هـ] فِي وَلَدِ الْمَعُورِ مَرَّةً مُسْتَوْفَى فِي آخِرِ كِتَابِ - عَوَى مِنْ شَرْحِنَا هَذَا، فَيَنْظُرُ ثَمَّةَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالْقِيَمَةِ)، أَيُّ: لَا يَأْخُذُ الْمُكَاتَّبُ أَوْلَادَهُ بِقِيَمَةِ يُؤَدِّيهَا بَعْدَ الْعَتَقِ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ.

قَوْلُهُ: (فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْغُرُورُ)، أَرَادَ بِهَذَا الْحَقِّ: حَقَّ مُتَحَقِّ حُرِّيَّةِ الْأَوْلَادِ، وَالضَّمِيرُ فِي (وَهُوَ)، رَاجِعٌ إِلَى السَّبَبِ.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِيَسْأَلَ حُرِّيَّةَ الْأَوْلَادِ)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (شَارَكَ الْحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ).

بَعْثِي: إِنَّمَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُكَاتَّبَ شَارَكَ الْحُرَّ الْمَعُورَ فِي السَّبَبِ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِ امْرَأَةٍ زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ إِلَّا لِتَلِ حُرِّيَّةَ أَوْلَادِهِ كَالْحُرِّ.

خَالَفْنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي الْحُرِّ بِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيَمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهُنَا بِقِيَمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِتْقِ فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ وَلَا يُلْحَقُ بِهِ .

قَالَ : وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ الْمَلِكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ ؛ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ ؛ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّى يَعْتَقَ ، وَكَذَلِكَ الْمَأْذُونُ .

غَايَةُ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ : (خَالَفْنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي الْحُرِّ بِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ) ، أَي : تَرَكْنَا الْأَصْلَ الَّذِي هُوَ كَوْنُ الْوَلَدِ تَابِعًا لِأُمِّهِ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فِي وَلَدِ الْحُرِّ الْمَغْرُورِ بِالْإِجْمَاعِ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْحُرِّ لِمَا بَيَّنَّا ، فَلَا يُلْحَقُ بِهِ لِعَدَمِ الْمُمِثَالَةِ ، فَيَبْقَى وَلَدُ الْعَبْدِ رَقِيقًا عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ .

قَوْلُهُ : (بِقِيَمَةٍ نَاجِزَةٍ) ، أَي : حَالَةٍ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ الْمَلِكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ ؛ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ ؛ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّى يَعْتَقَ ، وَكَذَلِكَ الْمَأْذُونُ لَهُ) ، أَي : قَالَ فِي [٣٧٩/٦ م] « الْجَامِعُ الصَّغِيرُ » ^(١) .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي « مُخْتَصَرِهِ » الْمُسَمَّى بِـ « الْكَافِي » : « وَلَا يَلْزَمُ الْمُكَاتَبُ مَهْرُ امْرَأَتِهِ فِي نِكَاحٍ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ حَتَّى يَعْتَقَ وَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ عِنْدَ الْإِسْتِحْقَاقِ » ^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته الله .

اعْلَمْ : أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا اشْتَرَى أَمَةً لَا يَسْعُهُ أَنْ يَطَّأَهَا ، وَمَعَ هَذَا لَوْ وَطِئَهَا ثُمَّ

(١) ينظر : « الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير » [ص / ٤٦١] .

(٢) ينظر : « شرح مختصر القدوري » للأقطع [ق / ١٠١] .

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْفَضْلِ الْأَوَّلِ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الشَّحْرَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْكِتَابَةِ ، وَهَذَا الْعُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا ، لِأَنَّهُ لَوْلَا الشَّرَاءُ مَا سَقَطَ الْحَدُّ وَمَا لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ لَا يَجِبُ الْعُقْرُ .

أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْفَضْلِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِنَ الْإِكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الْكِتَابَةُ كَالْكَفَالَةِ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

اسْتُحِقَّتْ ؛ يَلْزُمُهُ الْعُقْرُ فِي الْحَالِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً بغيرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ، وَمَعَ هَذَا لَوْ فَعَلَ يُؤْخَذُ بِالْمَهْرِ إِذَا عَتَقَ .

وَفَرَّقَهُمَا : أَنَّ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَجَبَ الْعُقْرُ بِالشَّرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا الشَّرَاءُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَحَيْثُ لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ وَجَبَ الْعُقْرُ ، وَهُوَ يَمْلِكُ الشَّرَاءَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ التَّجَارَةَ ، فَصَارَ الْعُقْرُ - وَإِنْ كَانَ مُقَابِلًا بغيرِ مَالٍ - مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ ، فَأُلْحِقَ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْحَقِيقَةِ مِنَ التَّجَارَةِ ، وَلِهَذَا مَلَكَ الْمُكَاتَبُ الْعَارِيَّةَ وَالضِّيَافَةَ الْيَسِيرَةَ ، وَالْهَدِيَّةَ الْيَسِيرَةَ ؛ لَكُونِهَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْحَقِيقَةِ تَبَرُّعًا . فَكَذَلِكَ هُنَا : لَمَّا اسْتَدَّ الْعُقْرُ إِلَى التَّجَارَةِ التَّحَقَّقَ بِهَا ، فَصَارَ كَذَيْنِ التَّجَارَةِ ، فَأُخِذَ بِهِ فِي الْحَالِ .

وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ - أَعْنِي : فِي فَضْلِ النِّكَاحِ - : أَنَّ الْمَهْرَ وَجَبَ بِمَا لَيْسَ مِنْ جَمَلَةِ الْإِكْتِسَابِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِإِكْتِسَابٍ ، فَلَمْ يَكُنِ التَّزَامُ الْمُكَاتَبِ الْمَهْرَ - الَّذِي هُوَ ضَمَانٌ مَا لَيْسَ بِمَالٍ - دَاخِلًا فِي وَلَايَةِ الْمُكَاتَبِ بغيرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ، فَتَأَخَّرَ إِلَى أَنْ يَعْتَقَ ، كَمَا إِذَا تَكَفَّلَ ، فَبَقِيَ فِي حَقِّ النِّكَاحِ مُحْجُورًا عَلَيْهِ ، فَلَأَجَلَ هَذَا أَخَذَ بَعْدَ الْعَتَقِ ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَى نَفْسِهِ بِالذَّيْنِ .

وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَادُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ إِذَا وَطِئَ أَمَةً اشْتَرَاهَا ، أَوْ وَطِئَ امْرَأَةً تَزَوَّجَهَا يُؤْخَذُ بِالْعُقْرِ فِي الْأَوَّلِ فِي الْحَالِ ، وَفِي الثَّانِي بَعْدَ الْعَتَقِ .

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطَّئَهَا فَرَدَّهَا أَخَذَ بِالْعُقْرِ فِي الْكِتَابَةِ، [١/١٧٩] وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التَّجَارَةِ، فَإِنْ التَّصَرُّفُ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالْكِتَابَةُ وَالْإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعِيهِ كَالْتَوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَى.

غاية البيان

وَيُبْنِي لَكَ أَنْ تَعْلَمَ: أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ بِالْعُقْرِ فِي النِّكَاحِ بَعْدَ الْعَتَقِ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ ثَيِّبًا، أَمَّا إِذَا كَانَتْ بِكَرًّا فَافْتَضَّهَا يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ، وَقَدْ رَوَيْنَاهُ قَبْلَ هَذَا عَنْ «شرح الطحاوي»، وَكَذَلِكَ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ [فِي] ^(١) الْحَالِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ ثَيِّبًا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا أَيْضًا.

وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا فَوَطَّئَهَا، ثُمَّ رُدَّتْ عَلَى الْبَائِعِ؛ أَخَذَ بِالْعُقْرِ فِي الْحَالِ، وَكَذَا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا فَوَطَّئَهَا، ثُمَّ رُدَّتْ عَلَى بَائِعِهَا يُؤْخَذُ بِالْعُقْرِ فِي الْحَالِ، وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَى الْعَتَقِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْعُقْرِ مَبْنِيٌّ عَلَى الشِّرَاءِ لِمَا قُلْنَا، وَالْإِذْنُ بِالشِّرَاءِ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ثَبَتَ مُطْلَقًا، فَانْتَظَمَ الْجَائِزُ وَالْفَاسِدُ جَمِيعًا، فَصَارَ ظَاهِرًا فِي [٣٥٤٦، ٢] حَقِّ الْمَوْلَى، فَظَهَرَ فِيمَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ الشِّرَاءِ أَيْضًا، فَلَأَجْلِ هَذَا أُخِذَ بِهِ فِي الْحَالِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا [٢/٣٧٩/٦] وَكُلَّ إِنْسَانًا يَبِيعُ عَبْدَهُ مُطْلَقًا، وَقَعَ ذَلِكَ عَلَى الْجَائِزِ وَالْفَاسِدِ جَمِيعًا.

قَوْلُهُ: (يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعِيهِ)، أَي: يَنْتَظِمَانِ التَّصَرُّفَ بِنَوْعِي التَّصَرُّفِ، وَهُمَا: الصَّحِيحُ وَالْفَاسِدُ.

قَوْلُهُ: (فَكَانَ ظَاهِرًا)، أَي: كَانَ الْعُقْرُ ظَاهِرًا.



(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

فصل

وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتِبَةُ مِنَ الْمَوْلَى فِيهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهَا تَلْقَاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٍ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٍ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَنَسَبٌ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنَ الْمَوْلَى وَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِنَ الْمِلْكِ يَكْفِي

غاية البيان

فصل

قِيلَ: لَمَّا كَانَ مَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ مِنْ جَنْسِ مَسَائِلِ الْفَصْلِ الْمَتَقَدِّمِ، وَلَكِنَّهَا نَوْعٌ مِنْهُ فَصَّلَهَا بِفَضْلِ، وَوَصَّلَهَا بِالذِّكْرِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتِبَةُ مِنَ الْمَوْلَى فِيهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتِبَةُ مِنْ مَوْلَاهَا خَيْرٌ: فَإِنْ شَاءَتْ أَبْطَلَتِ الْكِتَابَةَ، وَكَانَتْ أُمٌّ وَلَدِهِ، وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَيْهَا وَأَخَذَتِ الْعُقْرَ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْكَافِي»، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ تَصَدَّى لَهَا جِهَتَا عِتْقٍ: عِتْقٌ بِجِهَةِ الْكِتَابَةِ بِبَدَلٍ، وَعِتْقٌ بِجِهَةِ الْإِسْتِيلَادِ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَفِي كُلِّ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ، وَهِيَ تَعَجِيلُ الْحُرِّيَّةِ بِبَدَلٍ، وَحَصُولُ الْحُرِّيَّةِ بِلَا بَدَلٍ، فَكَانَ لَهَا الْخِيَارُ.

فَإِذَا اخْتَارَتِ الْعِتْقَ بِجِهَةِ الْكِتَابَةِ: أَخَذَتِ الْعُقْرَ مِنْ مَوْلَاهَا؛ لِأَنَّهَا بِالْكِتَابَةِ صَارَتْ أَخْصَرَ بِمَنَافِعِهَا، وَيُثْبِتُ نَسَبَ وَلَدِهَا مِنَ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ مَا لِلْمَوْلَى مِنَ الْمِلْكِ فِيهَا - وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ - يَكْفِي لَصَحَّةِ الْإِسْتِيلَادِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكُ الْيَدِ؛ لِأَنَّ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٠٢].

لِصِحَّةِ الْإِسْتِيلَادِ بِالذَّعْوَةِ . وَإِذَا مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ أَخَذْتُ الْعُقْرَ مِنْ مَوْلَاهَا
لَا خِصَاصَ لَهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا .

ثُمَّ إِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقْتُ بِالْإِسْتِيلَادِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ مَاتَتْ
هِيَ وَتَرَكَتْ مَالًا يُؤَدِّي مِنْهُ مَكَاتِبَتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لِابْنِهَا جَرِيًّا هَلَى فَوْجِبِ
الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالًا فَلَا سَعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ .

هَاجَةُ الْبَيَانِ

النَّسَبُ يَثْبُتُ بِالشَّبْهِ ، وَهَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لِلْمَوْلَى فِيهَا حَقِيقَةَ الْمِلْكِ . وَإِنْ فَسَخْتُ
الْكِتَابَةَ وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لِلسَّيِّدِ عَتَقْتُ بِمَوْتِهِ .

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الطحاوي» : «الْمُكَاتِبَةُ إِذَا جَاءَتْ
بَوْلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ لَأَكْثَرَ أَوْ لَأَقَلَّ ، فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى يَثْبُتُ النَّسَبُ ، صَدَّقَتْهُ الْمُكَاتِبَةُ
أَوْ كَذَبَتْهُ ، فَإِنْ صَدَّقَتْهُ فَلَا يُشْكِلُ ، وَإِنْ كَذَبَتْهُ فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا تَسْعَى لِفِكَاكِ رَقَبَتِهَا
وَرَقَبَةِ وَلَدِهَا عَنْ ذُلِّ الرُّقِّ ، فَإِذَا حَصَلَ مَقْصُودُهَا بِغَيْرِ مَالٍ لَا يُعْتَبَرُ تَكْذِيبُهَا .

ثُمَّ أَنَّهَا بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا ، فَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَسَقَطَ الْعُقْرُ .
وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَتَأْخُذُ الْعُقْرَ وَتُسْتَعِينُ بِهِ فِي أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ إِذَا
كَانَ الْعُلُوقُ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ فِي مَنَافِعِهَا وَمَكَاسِبِهَا ، وَالْعُقْرُ
بَدَلُ بُضْعِهَا» ^(١) .

قَوْلُهُ : (عَلَى مَا قَدَّمْنَا) ، أَشَارَ [بِهِ] ^(٢) إِلَى مَا ذَكَرَ ^(٣) قُبِيلَ فَضْلِ الْكِتَابَةِ
الْفَاسِدَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مَكَاتِبَتَهُ لَزِمَهُ الْعُقْرُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ
بِأَجْزَائِهَا ؛ تَوَسُّلاً إِلَى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ) .

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِجَابِيِّ [ق/٤٥١] .

(٢) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «لج» ، «ولع» ، «ولس» .

(٣) وقع بالأصل : «لذكرنا» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «لج» ، «ولع» ، «ولس» .

ولو وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ ؛ لَمْ يَلْزِمِ الْمَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْنِهَا عَلَيْهِ ،
فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ وَمَاتَتْ مِنْ غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَى هَذَا الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَكَاتَبَ تَبَعًا لَهَا ، فَلَوْ
مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ عَتَقَ وَبَطَلَ عَنْهُ السَّعَايَةُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذْ هُوَ
وَلَدُهَا فَيَتَّبَعُهَا .

قَالَ : وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ لِحَاجَتِهَا إِلَى اسْتِفَادَةِ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ : (وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ ؛ لَمْ يَلْزِمِ الْمَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا
عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ ﴿﴾ فِي «الْكَافِي» : «وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ مِنَ الْمَوْلَى
وَمَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ ؛ لَمْ يَلْزِمِ الْمَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ^(١) ، وَذَلِكَ ؛
لَأَنَّ وَطْأَهَا حَرَامٌ عَلَى الْمَوْلَى بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْمُكَاتَبَةِ ، وَلَكِنَّهَا
مَمْلُوكَتُهُ ، وَوَلَدُهَا وَلَدُ الْمَمْلُوكَةِ ، فَلَا يَلْزِمُهُ بَدُونِ الدَّعْوَةِ .

لَا يُقَالُ : يَنْبَغِي أَنْ يَنْبُتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الثَّانِي بِلَا دَعْوَةٍ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ .

لَأَنَّا نَقُولُ : ذَلِكَ فِي وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ^(٢) الَّتِي لَا يَحْرُمُ وَطْؤُهَا ، وَهَذِهِ يَحْرُمُ وَطْؤُهَا
لَأَجْلِ الْكِتَابَةِ ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ الْمَوْلَى الْوَلَدَ الثَّانِي فَمَاتَتِ الْمُكَاتَبَةُ [١/٣٨٠/٦] بِلَا وَفَاءٍ ؛
سَعَى هَذَا الْوَلَدُ - وَهُوَ الْوَلَدُ الثَّانِي - فِي كِتَابَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ تَكَاتَبَ تَبَعًا لِلْأُمِّ ، فَلَوْ مَاتَ
الْمَوْلَى بَعْدَ مَوْتِ الْمُكَاتَبَةِ قَبْلَ سَعَايَتِهِ سَقَطَ عَنْهُ السَّعَايَةُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ^(٣) ،
فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهَا ، وَهِيَ لَا تَسْعَى بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، فَكَذَا وَلَدُهَا .

قَوْلُهُ [١/٣٨٠/٦] : (قَالَ : وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ) ، أَيُ : قَالَ الْقُدُورِيُّ ﴿﴾

(١) ينظر : «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١/٣٨٠/٦] .

(٢) وقع بالأصل : «فِي وَلَدِ الْأُمِّ» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٣) وقع بالأصل : «وَلَدُ أُمِّ الْأُمِّ» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

مَوْتِ الْمَوْلَى وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ تَلَقَّيْتُهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ لِتُعَلَّقَ عِتْقُهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ إِيْجَابِ الْبَدَلِ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا عَتَقْتُ قَبْلَهُ لَا

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

فِي «مَخْتَصَرِهِ» (١).

اعلم: أَنَّ كِتَابَةَ أُمِّ الْوَلَدِ جَائِزَةٌ ككِتَابَةِ الْإِمَاءِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ لِكِتَابٍ مِّمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَمَكَّنْتَهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

بيانه: أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى ، وَالْمِلْكُ فِيهَا بَاقٍ بَعْدَ الْإِسْتِيلَادِ ، وَلِهَذَا يَجُوزُ لِلْمَوْلَى وَطُؤُهَا وَإِجَارَتُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوَجْهِ ؛ لِئَلَّا يُلْزَمَ بَطْلَانُ اسْتِحْقَاقِهَا الْحُرِّيَّةَ ، فَلَمَّا كَانَ الْمِلْكُ فِيهَا بَاقِيًا جَازَ كِتَابَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِي الْآيَةِ بَيْنَ مَمْلُوكٍ وَمَمْلُوكَةٍ .

فإن قيل: رِقُّ أُمِّ الْوَلَدِ لَا قِيَمَةَ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، فَيَنْبَغِي أَلَّا يَجُوزَ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ بِالْكِتَابَةِ .

قيل: لَرِقُّهَا قِيَمَةٌ فِي السَّعَايَةِ ، وَإِنَّمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ فِي الْعُقُودِ وَالْبَيَاعَاتِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ لَزِمَتْهَا السَّعَايَةُ لِهَذَا الْمَعْنَى (٢) . كَذَا فِي «شَرْحِ الْأَقْطَعِ» ؛ وَلِأَنَّ فِي كِتَابَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِصْصَالَ حَقِّهَا إِلَيْهَا مَعْجَلًا ، فَجَازَتْ لِحَاجَتِهَا إِلَى ذَلِكَ .

قوله: (تَلَقَّيْتُهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ) ، وَهِيَ حَصُولُ الْحُرِّيَّةِ بِالْبَدَلِ مَعْجَلًا ، وَحَصُولُهَا بَلَا بَدَلٍ مُوَجَّلًا .

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ) ، يَعْنِي: إِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ أَدَاءِ

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٨١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القُدوري» للأقطع [ق/١٣٨].

بِذِكْرِ تَوْفِيرِ الْغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ؛ لِامْتِنَاعِ إِتْقَانِهَا مِنْ غَيْرِ قَائِمَةٍ.
غَيْرَ أَنَّهُ تَسَلَّمَ لَهَا الْأَوْلَادُ وَالْأَكْسَابُ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ الْبَدَلِ
وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ، لِأَنَّ الْفُسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ.

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

بَدَلِ الْكِتَابَةِ.

ولفظُ الْقُدُورِيِّ ﴿٢٠٢﴾: «فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الْكِتَابَةِ» كَذَا أَجَبَهُ
فِي «شرح الأقطع» (٢).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ ﴿٢٠٣﴾ فِي «الكافي»: «فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ أَنْ تُؤَدَّى
عَتَقَتْ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا» (٣). هَذَا لَفْظُهُ ﴿٢٠٤﴾، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ مِنْ
جِهَتَيْنِ: جِهَةِ الْكِتَابَةِ، وَجِهَةِ الْإِسْتِيلَادِ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْحُرِّيَّةُ مِنْ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ
سَقَطَتِ الْجِهَةُ الْأُخْرَى، وَبَطَلَ مَا يَقَابِلُهَا مِنَ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ تُؤَدَّى الْبَدَلَ
لِيَحْصُلَ لَهَا الْحُرِّيَّةُ، وَقَدْ حَصَلَتْ مَجَّانًا، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ.

قَالَ صَاحِبُ «الهِدَايَةِ» ﴿٢٠٥﴾: (غَيْرَ أَنَّهُ يَسَلَّمُ لَهَا الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ)؛ لِأَنَّ
الْكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ الْبَدَلِ، وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ
لِنَظَرِهَا، (وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ)، أَيِ: فِي بَقَاءِ الْكِتَابَةِ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ.
وَكَأَنَّهُ قَالَ: هَذَا جَوَابٌ لِسُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بِأَنْ يُقَالَ: لَمَّا عَتَقَتْ بِمَوْتِ الْمَوْلَى
بِالْإِسْتِيلَادِ، وَسَقَطَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ يَتَّبِعِي أَنْ تَكُونَ أَكْسَابُهَا لِمَوْلَاهَا؛ لِأَنَّ [١/٢٣٨ ص ١٠٠]
الْكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ، وَكُسِبُ أُمِّ الْوَلَدِ لِمَوْلَاهَا، بِخِلَافِ كُسْبِ الْمُكَاتِبِ، فَإِنَّهُ لَهُ إِذَا
فُضِّلَ عَنِ الْبَدَلِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٨].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٢].

ولو أدت المكاتبه قبل موت المولى عتقت بالكتابة ؛ لأنها باقية .

قال : فإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي ، إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت [١٨٢٩] مجرد الاستحقاق .

غايه البيان

فقال في جوابه : إنما انفسخت الكتابة في حق إيجاب البدل على أم الولد نظراً لها ، والنظر لها في أن يكون الكسب لها ، فتعتبر الكتابة باقية لا مفسوخة في حق الأكساب . هذا ما اقتضاه كلامه ، ولم نجد فيه الرواية منصوصة .

فلقائل أن يقول : النظر لها في إيفاء حقها إليها ، وحقها الحرية ، وقد حصل لا في إيفاء حق الغير ؛ لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ، ولم نعتق هي قبل موت المولى ، بل هي مملوكة حينئذ ، فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها ؛ لأنها عتقت بالاستيلاء لا بالكتابة .

ولنا : في قوله : (يسلم لها الأولاد) أيضاً نظراً ؛ لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره ؛ لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضاً في حق الأولاد يكون النظر لها باقياً ؛ لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم ؛ لأنه تابع للأم حالة الولادة .

قوله : (ولو أدت المكاتبه قبل موت المولى عتقت بالكتابة) ، أي : لو أدت أم الولد التي كاتبها مولاها بدل الكتابة قبل موت سيدها ؛ عتقت بالكتابة لا بالاستيلاء ؛ لأن الكتابة صحت ولم تنفسخ .

قوله : (فإن كاتب مدبرته جاز) ، أي : قال القُدوري رحمته الله في [٥٤٧/٢] « مختصره » ^(١) ، وإنما جاز كتابة المدبر لقيام الرق فيه ، إلا أنه استحق الحرية من وجه ، فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه آخر ، فجازت .

وصورتها في « الجامع الصغير » : « محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمته الله :

﴿ هَاجَةُ الْبَيَانِ ﴾

مِنْ رَحْلِ لَهُ مُدَبَّرٌ كَاتِبُهُ فِي صَحْتِهِ عَلَى مِثَّةٍ ، وَقِيمَتُهُ ثَلَاثُ مِثَّةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ ،
ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، قَالَ : إِنْ شَاءَ الْعَبْدُ سَعَى فِي جَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَ سَعَى فِي
ثُلثِي قِيمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّدْبِيرُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ : فَإِنْ شَاءَ سَعَى فِي ثُلثِي الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَ
سَعَى فِي ثُلثِي قِيمَتِهِ .

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ ذَلِكَ ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ
أَصْلِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » .

لَمْ يَذْكُرْ فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » خِلَافَ أَبِي يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٍ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى
كَمَا تَرَى ، فَلَأَجْلِ هَذَا اشْتَبَهَ الْحَالُ وَاحْتِجَّ إِلَى التَّأْوِيلِ .

فَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي « شَرْحِهِ » : « يُرِيدُ بِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ،
وَأَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى : فَعِنْدَ أَبِي يَوْسَفَ : يَسْعَى فِي الَّذِي قَدَّرَهُ [٣٨١/٦ م] أَبُو حَنِيفَةَ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ ثُلثِي قِيمَتِهِ ، وَمِنْ ثُلثِي كِتَابَتِهِ .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي « الْكَافِي » : « وَإِذَا كَاتَبَ الرَّجُلُ مُدَبَّرَهُ ثُمَّ مَاتَ ،
وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثَلَاثِهِ ، عَتَقَ وَبَطَلَتْ عَنْهُ السَّعَايَةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ : فَإِنْ شَاءَ
سَعَى فِي الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَ سَعَى فِي ثُلثِي الْقِيَمَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَالَ أَبُو
يَوْسَفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا يُخَيَّرُ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَسْعَى فِي
الْأَقْلَ مِنْ ثُلثِي الْقِيَمَةِ ، وَثُلثِي الْمَكَاتِبَةِ ^(٢) .

قَالَ أَبُو الْفَضْلِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ هَذَا خِلَافُ مَا قَالَهُ فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » . . .

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٢٥٣] .

(٢) والصحيح قول أبي حنيفة ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما ، ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد
[ق/٩٨] ، «الاختيار» [٣٧/٤] ، «تبيين الحقائق» [١٦٢/٥] ، «الجوهر النيرة» [١١٥/٢] ،
«اللباب» [١٣٤/٣] .

نهاية البيان

إلى هنا لفظُ أبي الفضلِ الحاكمِ الشهيدِ (رحمه الله).

ثمَّ الخلافُ في الفصلِ الأوَّلِ في موضعين:

في الخيارِ والمقدارِ: فاتفقَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ (رحمهما الله) في المقدارِ، حيثُ قالَا: يسعى في ثُلثي القِيَمَةِ، أو كلَّ بدلِ الكِتَابَةِ، وخالفهما محمدٌ، حيثُ قالَ: بثُلثي بدلِ الكِتَابَةِ.

واتفقَ أبو يوسفَ ومحمدٌ (رحمهما الله) في تركِ الخيارِ، حيثُ قالَا: يسعى بلا خيارٍ. وخالفهما أبو حَنِيفَةَ (رحمه الله)، حيثُ أثبتَّ الخيارَ.

وفي الفصلِ الثاني: لا خلافَ في المقدارِ؛ لأنَّه يسقطُ ثلثُ البدلِ الكِتَابَةِ بالاتفاقِ، والخلافُ في الخيارِ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: يسعى في ثُلثي بدلِ الكِتَابَةِ أو ثُلثي القِيَمَةِ، وله الخيارُ في أيَّهما شاء. وقالَا: يسعى في الأقلِّ بلا خيارٍ^(١).

أمَّا الخلافُ في الخيارِ: فهو بناءٌ على أنَّ العتقَ يتجزأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ خلافاً لهما، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَمَّا كَانَ متجزئاً؛ لم يصِرِ المُدَبَّرُ بعدَ موتِ السيدِ حُرّاً؛ لأنَّه لم يخرجْ مِنَ الثُلثِ، بل عتقَ ثُلثه؛ لأنَّ عتقَ المُدَبَّرِ وَصِيَّةٌ، فإذا كَانَ كذلكَ تلقاهُ جِهَتَا حُرِّيَةٍ في ثُلثيه، وهما: الكِتَابَةُ والتَّذْيِيرُ، فالكِتَابَةُ مُنْجَمَةٌ مُؤَجَّلَةٌ، وسعايةُ التَّذْيِيرِ حَالَةٌ مُعَجَّلَةٌ، فكانَ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الآجِلِ والعاجِلِ مفيداً، فَيَمِيلُ إلى أيَّهما شاء؛ لتفاوتِ الأمرينِ.

وعندهما: لَمَّا لَمْ يَتَجَزَّأِ العتقُ عتقَ كُلُّهُ بعتاقِ ثُلثه بالتَّذْيِيرِ، وقد وَجَبَ عليه

(١) ينظر: «الجامع الصغير» [ص ٤٦٢]، «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٠٨٩/٢]، «المبسوط» للسرخسي [١٩٦/٧]، «بدائع الصنائع» [٨٤/٤]، «تبيين الحقائق» [١٦٣/٥]، «درر الحكام» [٢٨/٢]، «البحر الرائق» [٢٩٠/٤].

فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلْثِي قِيمَتِهَا ، أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

أَحَدُ الْمَالَيْنِ ، فَيَجِبُ الْأَقْلُ ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَ لَا يَخْتَارُ إِلَّا الْأَقْلَ .

وَأَمَّا الْخِلَافُ فِي الْمَقْدَارِ : فَلِمُحَمَّدٍ ﴿﴾ : أَنَّهُ لَوْ عَتَقَ كُلَّهُ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ - بِأَنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلْثِ - سَقَطَ جَمِيعُ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ إِلَّا ثُلْثُهُ ؛ وَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ ثُلْثُ بَدْلِ الْكِتَابَةِ اعْتِبَارًا لِلثَّلْثِ بِالْكُلِّ ، كَمَا لَوْ كَاتَبَ أَوَّلًا ثُمَّ دَبَّرَ ثُمَّ مَاتَ ، وَلِأَنَّ مِنْ حُكْمِ التَّدْبِيرِ أَنْ يُوقَعَ عِتْقًا بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَصَارَ الْمَقْدَمُ مِنَ التَّدْبِيرِ وَالْمَتَأَخِّرُ سَوَاءً ، وَالْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ ﴿﴾ أَخَذَ فِي «شرح الجامع الصغير» بقولِ مُحَمَّدٍ ﴿﴾ .

[٥٤٧/٢] وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يَوْسُفَ ﴿﴾ فِي اعْتِبَارِ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ : أَنَّ الْكِتَابَةَ حَصَلَتْ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْعِتْقِ ، وَهُوَ التَّدْبِيرُ ، وَالتَّدْبِيرُ يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ فِي ثُلْثِ الرِّقَبَةِ لَا مُحَالَةً ، فَإِذَا كَاتَبَ بَعْدَ التَّدْبِيرِ ؛ كَانَ بَدْلُ الْكِتَابَةِ جَمِيعُهُ مُقَابِلًا بِثُلْثِي الرِّقَبَةِ ؛ لِأَنَّ ثُلْثَ الرِّقَبَةِ مُسْتَحَقٌّ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَا يَسْقُطُ مِنْ بَدْلِ الْكِتَابَةِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ يُصَرَّفُ بَدْلُ الْكِتَابَةِ إِلَى مَا يَصَحُّ مُقَابِلَتُهُ ، لَا إِلَى مَا لَا يَصَحُّ مُقَابِلَتُهُ .

[٣٨١/٦] كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَتْنَيْنِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ يَكُونُ جَمِيعُ الْأَلْفِ مُقَابِلًا بِمَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ ، حَتَّى لَا يَسْقُطَ مِنَ الْأَلْفِ شَيْءٌ ، كَذَا هَذَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ ثُمَّ دَبَّرَ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ كَاتَبَ كَانَ الْعَبْدُ مَمْلُوكًا لَا يَسْتَحِقُّ الْحُرِّيَّةَ بِوَجْهِ قَبْلِ الْكِتَابَةِ ، فَصَارَ بَدْلُ الْكِتَابَةِ بِإِزَاءِ جَمِيعِ رَقَبَتِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ الثَّلْثُ بِالتَّدْبِيرِ سَقَطَ ثُلْثُ الْبَدْلِ لَا مُحَالَةً .

قَوْلُهُ : (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلْثِي قِيمَتِهَا ، أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ ﴿﴾ فِي «مختصره»^(١) ،

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨١] .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَى فِي أَقَلِّ مِنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ ثُلْثِي قِيمَتِهَا وَثُلْثِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ، فَالْخِلَافُ فِي الْخِيَارِ وَالْمِقْدَارِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الْخِيَارِ.

أَمَّا الْخِيَارُ فَمَنْزَعُ تَجْزُؤِ الْإِعْتَاكِ عِنْدَهُ لَمَّا تَجْزَأُ بَقِيَّةُ الثَّلَاثِ رَقِيقًا وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتًا حُرِّيَّةً بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٍ بِالتَّذْيِيرِ وَمُؤَجَّلٍ بِالْكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا عُتِقَ كُلُّهَا بَعْتَقَ بَعْضُهَا فِيهِ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ الْمَالَيْنِ فَتُخْتَارُ الْأَقْلَ لَا مَحَالَةَ فَلَا مَعْنَى لِلتَّخْيِيرِ.

وَأَمَّا الْمِقْدَارُ فَلِمُحَمَّدٍ عليه السلام أَنَّهُ قَابَلَ الْبَدَلَ بِالْكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثَّلَاثَ بِالتَّذْيِيرِ فَمِنْ الْمُحَالِ أَنْ يَجِبَ الْبَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الْكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَهَاهُنَا يَسْقُطُ الثَّلَاثُ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّذْيِيرُ عَنِ الْكِتَابَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ جَمِيعَ الْبَدَلِ مُقَابِلُ ثُلْثِي رَقَبَتِهَا فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ وَإِنْ قُوبِلَ بِالْكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنَى وَإِرَادَةً؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثَّلَاثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَلْتَزِمُ الْمَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ كَانَ جَمِيعُ الْأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الْوَاحِدَةِ الْبَاقِيَةِ لِدَلَالَةِ الْإِرَادَةِ، كَذَا هُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَ الْكِتَابَةُ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ مُقَابِلُ الْكُلِّ إِذَا لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ

عَايَةُ الْبَيَانِ

وهذا قول أبي حنيفة عليه السلام، قد بينا ما فيه من الخلاف.

قوله: (لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ)، يَعْنِي: مَا كَانَ يَسْتَحِقُّ الْعَبْدُ الْحُرِّيَّةَ عِنْدَ عَقْدِ

فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتِبَتُهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا.

وَلَهَا الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدْبِرَةً؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ الْمَمْلُوكِ،

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

الْكِتَابَةِ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ.

قَوْلُهُ: (فَافْتَرَقَا)، أَي: افترق تقدم الكتابَةِ على التدبير وتأخرها، فَلَمْ يَصَحَّ قِيَاسُ مُحَمَّدٍ ﷺ عَلَى تَقَدُّمِهَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتِبَتُهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّقَّ قَائِمٌ فِي الْمُدْبِرِ وَالْمُكَاتِبِ بَعْدَ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ، فَكَمَا يَجُوزُ كِتَابَةُ الْمُدْبِرِ لِقِيَامِ الرَّقِّ فِيهِ؛ يَجُوزُ تَدْبِيرُ الْمُكَاتِبِ أَيْضًا لِقِيَامِ الرَّقِّ فِيهِ، يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (تَلَقَّاهَا جِهَتًا حُرِّيَّةً).

قَوْلُهُ: (وَلَهَا الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدْبِرَةً)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ ﷺ فِي «الْكَافِي»: «وَإِذَا دَبَّرَ مُكَاتِبَتَهُ فَالْمُكَاتِبُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْمُكَاتِبَةَ وَكَانَ مُدْبِرًا، وَإِنْ شَاءَ مَضَى عَلَى الْكِتَابَةِ»^(٣). هَذَا لَفْظُهُ ﷺ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ تَصَدَّى لَهُ سَبَبَا عِنْتِي، أَحَدُهُمَا: عَاجِلٌ بِبَدَلٍ، وَالْآخَرُ: مُؤَجَّلٌ بِغَيْرِ

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: نفس المصدر.

(٣) ينظر: «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٩٨].

فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ الْمُؤَلَّى وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلْثِي مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ ثُلْثِي قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَا : تَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْهُمَا ، فَالْخِلَافُ فِي هَذَا الْفَصْلِ فِي الْخِيَارِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَّرْنَا . أَمَّا الْمِقْدَارُ فَمَتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا .

غاية البيان

بدل ، فكان له أن يختار أيهما شاء .

قوله : (فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ الْمُؤَلَّى وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلْثِي مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ ثُلْثِي قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام) ، هذا لفظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(١) ، وقد مرَّ بيانه في المسألة المتقدمة .

قوله : (فَالْخِلَافُ فِي هَذَا الْفَصْلِ فِي الْخِيَارِ) ، يَعْنِي : أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ : لَهَا الْخِيَارُ : إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلْثِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلْثِي الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام : الْعَتَقُ يَتَجَزَّأُ ، فَتَسْعَى وَهِيَ قِنْ ؛ لِيَحْصُلَ لَهَا الْعَتَقُ بِأَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي كُلِّ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ أَكْثَرِ الْمَالَيْنِ رَبَّمَا يَكُونُ أَيْسَرَ مِنَ الْأَقْلَ بِاعْتِبَارِ الْأَجَلِ .

وعندهما : تسعى في الأقل بلا خيار ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا ، فَصَارَ كُلُّهَا مَعْتَقًا ، فَصَارَتْ حُرَّةً حَالَةَ السَّعَايَةِ ، وَعَلَيْهَا أَحَدُ الْمَالَيْنِ ، فَتُخْتَارُ أَقْلُهُمَا (٦/٣٨٢ م) لَا مُحَالَةً^(٢) ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : (بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَّرْنَا) ، أَي : عَلَى تَجَزُّؤِ الْإِعْتَاقِ وَعَدَمِهِ .

ولا خلاف هنا بينهم في التقدير ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمَّا كَانَتْ سَابِقَةً عَلَى التَّدْبِيرِ كَانَ كُلُّ الْبَدَلِ مُقَابِلًا بِكُلِّ الرَّقَبَةِ ، فَإِذَا عَتَقَ ثُلْثُ الرَّقَبَةِ بَعْدَ ذَلِكَ بِالتَّدْبِيرِ ؛ سَقَطَ ثُلْثُ الْبَدَلِ ، فَبَقِيَ الثَّلَاثَانِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : (وَوَجْهُهُ : مَا بَيَّنَّا) ، أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ :

(١) ينظر : نفس المصدر .

(٢) ينظر : «الجوهرة النيرة» [١٤٨/٢] ، «الفتاوى الهندية» [٢١/٥] ، «حاشية ابن عابدين» [١٢٤/٦] .

قَالَ: وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتِبَهُ عَتَقَ [د/١٣٠] بِعِتْقِهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ وَسَقَطَ

غاية البيان

(لِأَنَّ الْبَدَلَ مُقَابِلٌ بِالْكُلِّ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا أَعْتَقَ [د/١٣٠] الْمَوْلَى مُكَاتِبَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ)، أَي: قَالَ
نَقْدُورِي رحمته فِي «مُخْتَصِرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ»^(١).

أَرَادَ بِالْعَتَقِ: الْإِعْتَاقَ مَجَازًا بِاسْتِعَارَةِ الْمَعْلُولِ لِعَلَّتِهِ^(٢).

أَمَّا عِتْقُهُ بِإِعْتَاقِهِ: فَلِأَنَّ الْمُكَاتِبَ بَاقٍ رَقَبَتُهُ عَلَى مِلْكِ الْمَوْلَى، فَصَحَّ إِعْتَاقُهُ؛
لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إِزَالَةُ مِلْكٍ مُتَجَزِّ مُفْضٍ زَوَالُ كُلِّهِ إِلَى الْعَتَقِ، وَقَدْ حَصَلَ الْإِزَالَةُ فَصَحَّ،
كَمَا فِي غَيْرِ الْمُكَاتِبِ.

وَأَمَّا سَقُوطُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ: فَلِأَنَّ الْعَبْدَ إِنَّمَا التَزَمَ الْبَدَلَ لِنِجَالِ الْحُرِّيَّةِ بِأَدَائِهِ،
وَقَدْ حَصَلَتْ قَبْلَ أَدَائِهِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِجْبَابِ الْبَدَلِ.

قَالَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» رحمته: (وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ الْمَوْلَى
لِكَنِّهِ يُفْسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ، وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوْشُّلاً إِلَى عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ
الْأَكْسَابِ لَهُ؛ لِأَنَّا نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ)، أَي: فِي حَقِّ الْكَسْبِ، وَكَأَنَّهُ قَالَ هَذَا
جَوَابًا لِسُؤَالٍ بِأَن يُقَالَ: الْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ فِي جَانِبِ الْمَوْلَى، بَعِيْثٌ لَا يَجُوزُ لَهُ فَسْخُهَا
وَإِبْطَالُهَا، فَكَيْفَ جَازَ إِعْتَاقُهُ؟

فَقَالَ: يَجُوزُ فَسْخُ الْكِتَابَةِ بِرِضَا الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ، وَلِهَذَا يَجُوزُ
بَيْعُ الْمُكَاتِبِ بِرِضَاهُ، وَكَذَا إِجَارَتُهُ بِرِضَاهُ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ يَرْضَى بِالْإِعْتَاقِ
لِيَحْصُلَ لَهُ الْحُرِّيَّةُ بِلَا عَوَضٍ، وَيُسَلِّمُ لَهُ الْأَكْسَابُ، وَهَذَا هُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ ظَاهِرِ
كَلَامِهِ.

(١) ينظر: نفس المصدر.

(٢) وقع بالأصل: «بالعلة». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «لغ»، «لس».

بَدَلَ الْكِتَابَةِ ، لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابِلًا بِالْعَتَقِ

«شاه البیان»

ولكن في هذا البيان تكلف لا حاجة إليه ، لأن لزوم الكتابة في حق المولى
نظراً يَظُلُّ حقَّ المُكَاتِبِ في استحقاق الحرية حتى لا يجوز بيعه بغير رضاه ،
والتصرف في مكاسبه ، وفي الإعتاق تحقيق حقه مجاناً لا يلزم من ذلك إبطال
حقه ، فلا حاجة إلى أن يُقال: (والظاهر رضاه توئلاً إلى عتقه^(١)) .

وقول صاحب «الهداية» رحمته : (مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ) ، يُفْهَمُ منه: أن
الأكساب تسلم للمكاتب [٣٨٢/٦ م] بعد الإعتاق ، وفيه نظر ، لأن الرواية لم توجد
في كتب محمد رحمته ومن بعده من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث
وغيرهم رحمته ، فينبغي أن تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما بعد عجز
المكاتب^(٢) .

يدل على هذا: رواية «الزيادات» ، قال فيها: في مكاتب بين اثنين أعتقه
أحدهما ، يعتق نصيبه ، ونصيب صاحبه باقٍ لا ضمان فيه ولا سعاية عند أبي حنيفة
رحمته ؛ لأنه لم يُلَفَّ شيئاً^(٣) ، بخلاف المُدَبَّرِ بين اثنين أعتقه أحدهما ؛ لأنه أُلَفَّ
عليه نصيبه ، وحال بينه وبينه حتى قطع الخدمة .

وعند أبي يوسف ومحمد رحمته : يعتق الكل ، ويضمن نصيب صاحبه إن كان
موسراً ؛ لأن التدبير لا يتجزأ عندهما .

ثم قال أبو يوسف رحمته : يضمن نصف قيمته لشريكه بالغاً ما بلغ .

وقال محمد رحمته : يضمن الأقل من نصف قيمته ، ومن نصف بدل الكتابة ؛

(١) وقع بالأصل: «لحقه» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «ج» ، «و» ، «غ» ، «س» .

(٢) ووقفه الكاكي وتاج الشريعة في شرحيهما . كذا في «البنية شرح الهداية» [٤١٦/١٠] .

(٣) لأن نصيب الساكن لم يتغير عما كان عليه ؛ لأن بعد عتق النصف بقي النصف الآخر مكاتباً كما
كان . كذا جاء في حاشية: «ج» ، «م» ، «س» .

﴿هاية البيان﴾

لأنَّ حقَّ الذي لَمْ يَعْتِقْ في أَحَدِ شَيْئَيْنِ، إمَّا الرِّقَّةَ بالعجز^(١)، وإمَّا الْكِتَابَةَ بالأداء، والأقلُّ مُتَيَقِّنٌ، فَوَجَبَ ذَلِكَ وَبَطَلَ الْفَضْلُ^(٢).

واحتجَّ أبو يوسف رحمه الله: بأنَّ الْعِتَاقَ يُبْطِلُ معنى الْكِتَابَةِ، فكيف تُعْتَبَرُ الْكِتَابَةُ مَالًا؟ وكيف تُعْتَبَرُ لِلضَّمَانِ، وقد تناولتْ جناية الرِّقَّةِ؟ فيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَةِ الرِّقَّةِ بلغًا ما بلغَ كما في القِنِّ، وقد صرَّحَ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَبْطُلُ بِالْإِعْتَاقِ، فكيف تَكُونُ الْأَكْسَابُ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ سَالِمَةً لِلْعَبْدِ دُونَ الْمَوْلَى؟!

ويَدُلُّ أَيْضًا عَلَى مَا قُلْنَا: مَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي «الْأَصْلِ»، وَقَدْ أَثْبَتَهُ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ رحمه الله فِي «شُرُوحِهِ»، وَفِي «الشَّامِلِ» فِي قِسْمِ «الْمَبْسُوطِ» فِي بَابِ مُكَاتَبَةِ الْمَرِيضِ كَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ، فَقَالَ الْحَاكِمُ: «رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدَهُ فِي صِحَّتِهِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقِيَمَتُهُ خَمْسُ مِئَةِ دِرْهَمٍ، فَلَمَّا حَضَرَهُ الْمَوْتُ أَعْتَقَهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا، قَالَ: يَسْعَى فِي ثُلْثِي قِيَمَتِهِ، وَتَبْطُلُ الْكِتَابَةُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكَاتِبْهُ» [٤٨/٢هـ ظ].

ثُمَّ قَالَ: «فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى قَدْ قَبِضَ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ خَمْسَ مِئَةٍ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ؛ سَعَى فِي ثُلْثِي قِيَمَتِهِ، وَلَمْ يُحْسَبْ لَهُ شَيْءٌ مِمَّا أَدَّى قَبْلَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ أَدَّى الْمُكَاتَبَةَ إِلَّا مِئَةَ دِرْهَمٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ، أَوْ وَهَبَ لَهُ الْمِئَةَ؛ سَعَى فِي ثُلْثِي الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ السَّعَايَتَيْنِ».

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: إِذَا كَاتَبَهُ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ؛ سَعَى إِنْ شَاءَ فِي ثُلْثِي قِيَمَتِهِ، وَإِنْ شَاءَ سَعَى فِي ثُلْثِي مَا عَلَيْهِ مِنَ الْمُكَاتَبَةِ^(٣). إِلَى هُنَا

(١) يعني: كان للساكت نصف القيمة بالسَّعَاية على اعتبار العجز، ونصف بدل الكتابة على اعتبار الأداء. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [١٩١/٩]، «البنية شرح الهداية» [٤١٦/١٠].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١١٠/ق].

لفظ «الكافي».

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسننجابي رحمته في «شرح الكافي» الذي هو «مبسوطه»: «ولم يُحَسَّبَ له شيءٌ مما أَدَّى قَبْلَ ذَلِكَ؛ لأنَّ الأداء كان بجهةِ النِّكَاتَةِ، وقد انتقضت تلك الجهة بالعتق، فكانت السَّعَايَةُ للعتق لا بجهةِ النِّكَاتَةِ، فَلَمْ يُحَسَّبَ له ذلك؛ لأنَّ الحُسْبَانَ [٢/٣٨٣/٦] على تقدير بقاء الاختصاص، ومضى بطلت تلك الجهة لَمْ يَبْقَ الاختصاص، فكان السيد أَخْذًا كَسَبَ عِنْدَهُ، فَلَا يُحَسَّبُ عَلَيْهِ». هذا لفظه رحمته.

فَعَلِمَ بِذَلِكَ: أَنَّ الْأَكْسَابَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ لَا تَسْلَمُ لِلْمُكَاتِبِ، فَلَوْ كَانَتْ لَكَانَ مَا أَدَّى قَبْلَ الْإِعْتَاقِ مُحْسُوبًا عَلَى الْمَوْلَى، فَافْهَمْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

ثُمَّ يَبْغِي لَكَ أَنْ تَعْلَمَ: أَنَّ عَقْدَ النِّكَاتَةِ لَازِمٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، حَتَّى لَا يَمْلِكَ فُسْخَهُ إِلَّا بِرِضَا الْمُكَاتِبِ، وَغَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْمُكَاتِبِ، حَتَّى إِنْ لَهُ أَنْ يُعْجَزَ نَفْسَهُ فَيُفْسَخَ عَقْدُ النِّكَاتَةِ بِدُونِ رِضَا الْمَوْلَى، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَخْلَ بِنَجْمٍ فَلَمْ يُؤَدِّ وَعْجَرَ؛ لِلْمَوْلَى أَنْ يَفْسَخَ الْعَقْدَ، وَرَوَى عَنْ أَبِي يَوْسَفَ: أَنَّهُ لَا يَفْسَخُ مَا لَمْ يُخْلَ بِنَجْمَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ^(١) الْفُسْخِ عِنْدَ الْامْتِنَاعِ عَنِ الْأَدَاءِ يَنْضَرُّ بِهِ الْمَوْلَى. كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»^(٢).

وَرَأَيْتُ فِي كِتَابِ «الْمَجْرَدِ» لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ^(٣): عَجَزْتُ وَأَنَا فِي الرَّقِّ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَرْضَا بِذَلِكَ الْمَوْلَى، فَيُرَدَّ فِي الرَّقِّ، فَإِنْ رَدَّهُ الْمَوْلَى فَتَابَعَهُ الْمَمْلُوكُ؛

(١) وقع بالأصل: «يثبت حق». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٨٣].

(٣) وقع بالأصل: «قالت». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

رد حصل له دونه فلا يلزمه ، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى لكتبه
بفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأکساب
لأننا نبقي الكتابة في حقه .

قوله : وإن كان كاتبه على ألف درهم إلى سنة ، فصالحه على خمس مئة ؛
فهو جائز .

غاية البيان

صار مملوكاً وبطلت الكتابة .

وإن أبى المكاتب أن يرجع في الرق ، وقد عجز عن المكاتبه ، وأراد المولى
ردّه في الرق ، أو قال : قد رددتك في الرق ؛ لم يكن مملوكاً ، وكان مكاتباً حتى يقدم
إلى القاضي ، فإذا رفعه إلى القاضي وقد حلّ نجم ، أو نجمان ؛ أجله القاضي أياماً .
فإن أدّى وإلا ردّه القاضي إن شاء ، وإن أبى في الرق ، فإذا قضى القاضي
الرد في الرق ؛ صار مملوكاً ، وصار عبداً للسيد كما كان ، فإن وجد له المولى بعد
ذلك له مالا أخذه . إلى هنا لفظ كتاب «المجرد» ، والله أعلم .

قوله : (وقد حصل له دونه) ، أي : حصل العتق للمكاتب بلا بدل الكتابة .
قوله : (قال : وإن كان كاتبه على ألف درهم إلى سنة ، فصالحه على خمس
مئة ؛ فهو جائز) ، أي : قال في «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه : «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة عليه السلام : في الرجل يكتب عبده
إلى سنة ، ثم صالحه على أن يعجل له خمس مئة ، ويضع عنه خمس مئة ، قال :
جائز»^(١) . إلى هنا لفظ أصل «الجامع الصغير» ، ولم يذكر القياس فيه كما ترى .

وقالوا في «شروح الجامع الصغير» : «والقياس يأبى جوازه ؛ لأنه اعتياض

(١) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٤٦٢] .

نهاية البيان

عن الأجل، والأجل ليس بمال، فكان رباً، وهو حرام بين المكاتب وسيده، ولهذا نصّ الحاكم رحمته في «الكافي»: «أنَّ الرَّجُلَ إذا اشترى من مكاتبه درهماً بدرهمين؛ لَمْ يَجُزْ»^(١).

وإنما قلنا: إنه اعتياض عن الأجل؛ لأنَّ المولى صار كأنه اشترى [٣٨٣/٦ م/٥] من المكاتب خمس مئة مُعَجَّلَةً بألف مُوَجَّلَةٍ، ولهذا لو وقع مثل هذا الصلح بين الحرَّين لا يجوز، كما إذا كان لواحدٍ منهما على الآخر ألف درهم مُوَجَّلَةً إلى سنة، فصالحه على خمس مئة درهم مُعَجَّلَةً لا يجوز، وقد مرَّ ذلك في كتاب الصلح.

وجه الاستحسان [٥٤٩/٢] أن نقول: إن في الاعتياض عن الأجل إنما يلزم الربا إذا لم يكن بين العوضين مساواة، وهنا مساواة فلا يلزم الربا.

بيانه: أن الأجل في حق المكاتب ليس بمال من كل وجه، بل هو يُعْتَبَرُ مَالاً من كل وجه؛ لأنه لا قدرة للمكاتب على الأداء إلا به، ومال الكتابة ليس بمال من كل وجه، بل هو مال من وجه، وهو أشبه بالحقوقي التي ليست بمال، ولهذا لا يصلح نصاباً للزكاة، ولا يوصف بالزوم، ولا تصح به الكفالة.

فإذا كان كذلك: اعتدل الأجل ومال الكتابة؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما مال من وجه دون وجه، فلم يلزم الربا لوجود المساواة، فصح الاعتياض عن الأجل، بخلاف مسألة الحر؛ لأنَّ الدَّيْنَ على الحرِّ مالٌ مُتَقَوِّمٌ حتى صلح نصاباً للزكاة، وتصح به الكفالة، والأجل في حقه أبعد عن الأموال؛ لأنه قادرٌ على الأداء بدون الأجل، فلم يصح الاعتياض عن الأجل للزوم الربا، ولأنَّ الأجل رباً من وجه لا من كل وجه؛ لأنه ليس بمال حقيقة، ولكنه يُزَادُ لأجله، فكان في معنى المال،

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٩٩/ق].

وَمِثْلُ الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاظٌ عَنِ الْأَجْلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالَّذِينَ
مَرُّوا وَكَانَ رَبًّا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الْحُرِّ

هَاهُنَا الْبَيَانُ

مَرُّ كَانَ كَذَلِكَ؛ كَانَ الرِّبَا فِي الْأَجْلِ شُبْهَةً لَا حَقِيقَةً، وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ مُعَاوَضَةً مِنْ
وَجْهِ؛ تَعْلِيقٌ مِنْ وَجْهِ، فَكَانَ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَعَلَّقُ بِالْدَاءِ، فَكَانَ بَدَلُ
نِكَاةٍ مَالًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ.

فَلَوْ كَانَ شُبْهَةُ الرِّبَا وَاقِعَةً فِيمَا هُوَ مَالٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ أُعْطِيَ لَهَا حُكْمُ حَقِيقَةٍ
رَبٍّ فَحُرِّمَتْ، وَلَكِنَّهَا وَقَعَتْ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ مِنْ وَجْهِ، فَنَزَلَتْ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ،
وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمَعْتَبَرَةُ دُونَ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، فَلَمْ يَحْرُمِ الْاعْتِيَاظُ عَنِ الْأَجْلِ، بِخِلَافِ
نَعْقِدِ الْوَاقِعِ بَيْنَ الْحَرِّينِ، فَإِنَّهُ عَقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الْمُعَاوَضَةِ
أَصْلًا، فَلَمْ يَجْزِ الْاعْتِيَاظُ عَنِ الْأَجْلِ إِلَّا حَاقًا لَشُبْهَةِ الرِّبَا بِحَقِيقَةِ الرِّبَا.

أَوْ نَقُولُ: أَمْكَنَ الْإِحْتِرَازُ عَنِ الرِّبَا هَاهُنَا، بِأَنْ يَجْعَلَ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ مَفْسُوخًا،
وَالثَّانِي مُجَدِّدًا عَلَى خَمْسِ مِئَةِ حَالَةٍ.

بَيَانُهُ: أَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ يُشَبِّهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْعَجْزَ عَنْهُ يُوجِبُ حَقَّ
الْفَسْخِ، بِخِلَافِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ، فَإِنَّ الْعَجْزَ عَنْهُ لَا يُوجِبُ حَقَّ الْفَسْخِ، وَلِهَذَا لَوْ زَادَ
فِي الْأَجْلِ عَلَى أَنْ يَزِيدَ فِي بَدْلِ الْكِتَابَةِ جَازًا، فَكَذَا إِذَا حَطَّ.

وَفِي بَابِ الْبَيْعِ لَوْ زَادَ فِي الْأَجْلِ عَلَى أَنْ يَزِيدَ الْآخِرُ فِي الْمَالِ لَمْ يَجْزِ، فَكَذَا
إِذَا حَطَّ شَيْئًا مِنَ الْمَالِ عَلَى أَنْ يَحْطَّ الْأَجْلُ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْاعْتِيَاظِ [١/٣٨٤/٦] عَنِ
الْأَجْلِ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ، وَبَيْنَهُ فِي بَابِ الْبَيْعِ.

ثُمَّ وَجْهُُ الْإِسْتِحْسَانِ: هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح
الطَّحَاوِيِّ» أَنَّهُ قَالَ: لَا يَجُوزُ، وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الدِّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ.
قَوْلُهُ: (لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الْحُرِّ)، أَيُّ: مِثْلُ هَذَا الصُّلْحِ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ.

ومكاتب الغير .

وجه الاستحسان: انَّ الأجل في حقَّ المكاتب مآل من وجه؛ لِأنَّه لا يقدر على الأداء إلَّا به فأعطي له حكم المال، وبَدَل الكِتَابَةِ مآل من وجه حتَّى لا نصحَّ الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربًّا، ولأنَّ عقد الكِتَابَةِ عقد من وجه دون وجه والأجل ربًّا من وجه فيكون شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحرَّين؛ لِأنَّه عقد من كلِّ وجه فكان ربًّا والأجل فيه شبهة.

قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة، وقيمته ألف، ثم مات ولا مال له غيره، ولم يُجزِ الورثة؛ فإنَّه يُؤدِّي ثلثي الألفين حالًا، والباقي

غاية البيان

قوله: (ومكاتب الغير)، صورته^(١): إذا كان لإنسان على مكاتب إنسان آخر ألف درهم مؤجلة إلى سنة، فصالحه على خمس مئة درهم مُعَجَّلَةً لَا يَجُوزُ.

قوله: (حتَّى لَا نصحَّ الكفالة [به]^(٢))، أي: ببدل الكِتَابَةِ، وهذا نتيجة لما ليس بمذكور، وهو أنَّه ليس بمالٍ من وجه، ولكنه لما كان ذلك مفهومًا من قوله: (مآل من وجه)، جعله كالمذكور.

قوله: (فاعتدلا)، أي: الأجل، وبدل الكِتَابَةِ.

قوله: (فلا ربًّا)، أي: لوجود الاعتدال، وهو المُساواة.

قوله: (عقد من وجه دون وجه)، لأنَّ فيه معنى اليمين لحصول التعليق بالأداء، وقد مرَّ بيانه.

قوله: (قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة، وقيمته ألف، ثم مات ولا مال له غيره، ولم يُجزِ الورثة؛ فإنَّه يُؤدِّي ثلثي الألفين حالًا، والباقي

(١) وقع بالأصل: «صورته قوله». والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «ولع»، «ولس».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «لج»، «ولع»، «ولس».

س نَحِيهِ . أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفِ حَالًا ، وَالْبَاقِي إِلَى أَجَلِهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرَكَ

غَايَةُ الْبَيَانِ

س نَحِيهِ . أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي [١٩٢/٥هـ] يُوسُفَ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفِ حَالًا ، وَالْبَاقِي إِلَى أَجَلِهِ^(١) ، أَي : قَالَ

فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوَرْتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ

عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى أَلْفِيٍّ دَرَاهِمَ عَلَى سَنَةٍ ، وَقِيمَتُهُ أَلْفُ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ يَمُوتُ فِي مَرَضِهِ

ذَلِكَ . فَأَتَيْنِ الْوَرِثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ، قَالَ : يُقَالُ لِلْمُكَاتِبِ : أَدُّ ثُلْثِي الْأَلْفَيْنِ حَالًا ، وَيَكُونُ

عَيْتٌ ثُلُثُ الْأَلْفَيْنِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ ، فَإِذَا أَدَيْتَهُ عَتَقْتَ ، وَإِلَّا رَدَدْنَاكَ فِي الرَّقِّ ،

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يُقَالُ لِلْمُكَاتِبِ : أَدُّ ثُلْثِي الْقِيَمَةِ ثُلْثِي الْأَلْفِ الدَّرَاهِمَ ، وَالْبَقِيَّةُ

عَيْتٌ إِنِّي أَجَلٍ ، وَإِنْ أَبَى رُدَّ فِي الرَّقِّ ، وَإِنْ كَاتَبَ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمَ ، وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ

بِئْسَ سَنَةٍ . فَأَتَيْنِ الْوَرِثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ، قِيلَ لَهُ : أَدُّ ثُلْثِي قِيَمَتِكَ السَّاعَةِ وَأَنْتَ حُرٌّ ، وَإِلَّا

رَدَدْنَاكَ فِي الرَّقِّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ : وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ ذُكِرَتْ فِي «الْمَبْسُوطِ» فِي كِتَابِ

الشُّفْعَةِ . وَفِي كِتَابِ الْمُكَاتِبِ ، وَفِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي

حَنِيفَةَ إِلَّا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ - أَي : فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» - .

وَأَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ فِي مَرِيضٍ بَاعَ دَارًا قِيمَتُهَا أَلْفٌ بِثَلَاثَةِ

(١) يَصْرَحُ : «الْعَبْدَةُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ» [١٩٣/٩] . «تَبْيِيزُ الْحَقَائِقِ» [١٦٣/٥] . «الْبَيِّنَةُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ»

[٤١٩/١٠] . «دُرَرُ الْحُكَامِ» [٢٩/٢] . «مَجْمَعُ الضَّمَانَاتِ» [ص ٤٤٠] .

(٢) يَنْظُرُ : «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص ٤٦٢] .

الزِّيَادَةُ بِأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخَّرَهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا خَالَعَ الْمَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ جَازَ ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ ، لَهُمَا أَنْ جَمِيعَ الْمُسَمَّى

هَاجَةُ الْبَيَانِ

أَلْفٍ دَرَاهِمٍ إِلَى سَنَةٍ ، ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَهَا ، وَأَبَى الْوَرِثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ؛ فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تُعَجَّلَ ثُلَاثِي جَمِيعِ الثَّمَنِ وَالثَّلْثُ [٢/٣٨٤/٦] عَلَيْكَ إِلَى أَجَلِهِ ، وَإِلَّا فَانْقُضِ الْبَيْعَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَجَّلَ لَهُ ثُلَاثِي الْقِيَمَةِ ، وَالْبَاقِي عَلَيْكَ إِلَى أَجَلِهِ ، وَإِنْ شِئْتَ فَانْقُضِ الْبَيْعَ .

وَالْحَاصِلُ : أَنَّ عِنْدَهُمَا : تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ بِالْأَجَلِ فِي جَمِيعِ الثَّمَنِ وَصِيَّةٍ مِنَ الثَّلْثِ .

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُعْتَبَرُ فِي قَدْرِ الْقِيَمَةِ مِنَ الثَّلْثِ ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

وَجَهُّ قَوْلِ مُحَمَّدٍ : أَنَّهُ يَمْلِكُ تَرْكَ مَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْوَرِثَةِ ، فَلَا أَنْ يَمْلِكَ التَّاجِيلَ أَوَّلَى ، وَلِهَذَا لَوْ كَاتَبَهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى أَلْفٍ صَحَّ ، فَصَارَ كَمَنْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ وَأَجَّلَ بَدَلَ الْخُلْعِ إِلَى سَنَةٍ ، صَحَّ ذَلِكَ إِلَى سَنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ تَرْكَ الْبَدَلِ أَصْلًا .

كَمَا إِذَا أَبَانَهَا بَلَا بَدَلٍ ، فَيَمْلِكُ التَّاجِيلَ أَيْضًا ، فَكَذَا هُنَا ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الْوَرِثَةِ بِمَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ ، بَلْ تَعَلَّقَ بِمَقْدَارِ الْقِيَمَةِ ، صَحَّ مُحَابَاةُ فِي ثُلْثِ الْقِيَمَةِ لَا غَيْرَ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَعْجِيلُ ثُلَاثِي الْقِيَمَةِ ، وَهُمَا ثُلَاثَا ^(١) الْأَلْفِ سِتُّ مِئَةٍ وَسِتُّونَ ^(٢) وَثُلَاثَا دَرَاهِمٍ ، وَالْبَاقِي مِنَ الْبَدَلِ إِلَى تَمَامِ الْأَلْفَيْنِ إِلَى أَجَلِهِ .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «ثُلَاثِي» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، وَ«م» ، وَ«ج» ، وَ«غ» ، وَ«س» .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «وَسِتِّينَ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، وَ«م» ، وَ«ج» ، وَ«غ» ، وَ«س» .

بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
 عندنا. والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع؛ لأن
 عندنا فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالمبدل، ونظير
 هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز
 ورثته فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا
 ونقص البيع، وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بيننا من المعنى.

غاية البيان

ووجه قولهما: أن حق الورثة كان متعلقا بالبعد لما مرض سيده مرض
 الموت، فانتقل الحق إلى البدل، والبدل الثاني لا ألف، فكان حقهم في البدل كما
 كان في المبدل، فيؤمر بتسليم ثلثي بدل الكتابة للحال ويؤخر ثلثه؛ لأن التأجيل
 تبرع، ومحل تبرع المريض الثلث لا غير، فكان عليه أن يعجل ثلثي الأثني، وهما
 ألف وثلاث مئة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، والباقي وهو ثلث الأثني مئة
 وستة وستون وثلثا درهم إلى أجله.

بخلاف بدل الخلع، فإنه لم يقابله مال؛ لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر
 مالا. فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل، فلم يتعلق بالبدل أيضا، وفيما نحن فيه تعلق
 حقهم بالمبدل، فتعلق بالبدل، فظهر الفرق.

قوله: (أجري عليها أحكام الأبدال)، فلو قال: «عليه»، كان أولى، أي:
 على بدل الرقبة، والتأنيث بتأويل العين، أي: على العين التي كوتب العبد عليها،
 وإنما قال هذا دفعا لوهم من يقول: إن بدل الكتابة صلة؛ لأنه بدل ما ليس بمال،
 وهو فك الحجر، فكان كالخلع، وكان قياس محمد صحيحا [٢٠٠٠]، فقال: له
 حكم العوض، ولهذا لو كان بدل الكتابة دارا بأخذها الشفيع.

قوله: (ونظير هذا: إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف)،

قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ، وَفِيَمَنَّهُ أَلْفَانِ، وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ؛ أَدَّى [١٠٠] ثُلْثِي الْقِيَمَةِ، أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ هُنَا فِي الْقَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتَبِرِ الثُّلُثُ فِيهَا.

غاية البيان

أي: نظير هذا الاختلاف - الذي وقع بين محمد ﷺ وصاحبه ﷺ في بدل الكتابة - اختلافهم في بيع المريض، وهو أن رجلاً له عبد أو دار قيمته ألف درهم، فباعه في مرض الموت بثلاثة آلاف إلى سنة فمات؛ جاز البيع.

ويقال للمُشْتَرِي: أَدِّ ثُلْثِي الثَّمَنِ حَالًا، والباقي عليك إلى أجله، وإلا فيرد البيع [٢/٣٨٥/٦] عندهما.

وعند محمد: يُقَالُ لَهُ: عَجِّلْ ثُلْثِي الْقِيَمَةِ، والباقي عليك إلى أجل، والمعنى فيه ما ذكرنا من الدليل من الطرفين، وهو المراد بقوله: (لِمَا بَيْنَا مِنَ الْمَعْنَى).

قوله: (قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ، وَفِيَمَنَّهُ أَلْفَانِ، وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ؛ أَدَّى ثُلْثِي الْقِيَمَةِ، أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)، أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١). ولفظ أصل «الجامع» ذكر آنفاً، وذلك لأنه حابى في قدر المال والأجل جميعاً؛ لأنه أسقط أحد الألفين، وأجل الألف الآخر، فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله، فصَحَّ فِي الثُلُثِ، وبَطَلَ فيما زاد عليه، فیدفع ثُلْثِي الْقِيَمَةِ حَالًا، فَيَعْتَقُ حَتَّى تَنْدَفِعَ الْمُحَابَاةُ عَمَّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَرِثَةِ، وَيُسْقُطُ عَنْهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّهُمْ، وَقَدْ أَدَّى الْمَشْرُوطَ وَزِيَادَةً.

والله ﷻ أعلم.



(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٦٢].

بَابُ

مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ الْعَبْدِ

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدَ فَقَبِلَ؛ فَهُوَ مُكَاتِبٌ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْحُرُّ لِمَوْلَى الْعَبْدِ كَاتِبٌ

غَايَةُ الْبَيَانِ

بَابُ

مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ الْعَبْدِ

شَرَعَ فِي هَذَا الْبَابِ بِذِكْرِ تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ - وَالْفُضُولِيُّ إِمَّا حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ - بَعْدَ مَا ذَكَرَ تَصَرُّفَ الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّصَرُّفَاتِ هُوَ الْأَصِيلُ دُونَ الْفُضُولِيِّ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ جَائِزٌ بِلَا تَوَقُّفٍ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدَ فَقَبِلَ؛ فَهُوَ مُكَاتِبٌ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: صَوْرَتُهُ أَنْ يَقُولَ الْحُرُّ لِمَوْلَى الْعَبْدِ: كَاتِبٌ عَبْدُكَ فَلَانًا عَلَى كَذَا، عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَيْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ. فَكَاتَبَهُ وَالْعَبْدُ غَائِبٌ، فَقَبِلَ الْحُرُّ، فَكَانَ ذَلِكَ تَعْلِيقَ الْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ، فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ بِحُكْمِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ التَّعْلِيقِ نَافِذٌ فِي الْحَالِ، وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ مَوْقُوفَةً؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عُقْدٌ وَلَهُ مُجِيزٌ حَالَةَ الْعَقْدِ، فَيَتَوَقَّفُ نَفَاذُهُ عَلَى الْإِجَازَةِ كَالْفُضُولِيِّ إِذَا بَاشَرَ عَقْدَ النِّكَاحِ عَنِ الْغَائِبِ؛ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ.

وَلَا يَرْجِعُ الْحُرُّ بِمَا أَدَّى عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ، فَإِذَا بَلَغَ الْعَبْدُ فَإِنْ أَجَازَ نَفَذَ عَلَيْهِ وَإِلَّا بَطَلَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ - حَيْثُ كَانَتِ الْكِتَابَةُ مَوْقُوفَةً عَلَى الْغَائِبِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٥٣].

عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي إِنْ أُدِّيتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ الْمَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، وَإِذَا قَبِلَ الْعَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَتِهِ وَقَبُولِهِ إِجَازَةً ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي إِنْ أُدِّيتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ

غاية البيان

- وبين المسألة الثانية - وهي ما إذا كَاتَبَ عَبْدُهُ الْحَاضِرَ عَلَى نَفْسِهِ ، وَعَلَى عَبْدٍ لَهُ آخَرَ غَائِبٍ ، حَيْثُ كَانَتْ الْكِتَابَةُ نَافِذَةً عَلَى الْغَائِبِ اسْتِحْسَانًا - : أَنَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تَعَدَّرَ تَنْفِيزُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْغَائِبِ قَبْلَ إِجَازَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا نَفَذَتْ لَا يَخْلُو :

إِمَّا أَنْ يَجِبَ بَدْلُ يَجِبُ عَلَى الْغَائِبِ ، أَوْ يَبْدُلُ يَجِبُ عَلَى الْحُرِّ ، أَوْ لَا يَبْدُلُ لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى وَالْفُضُولِيَّ لَا يَمْلِكَانِ إِيْجَابَ الْمَالِ عَلَى الْعَبْدِ بِالْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ .

وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَى الْحُرِّ لَا يَخْلُو : إِمَّا إِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ بَدْلِ كِتَابَتِهِ [٦/٣٨٥ ط/م] ، أَوْ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ عَنِ الْعَبْدِ ، فَلَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يَسْتَفِيدُ بِهِ عِتْقًا ، وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْعَبْدِ لَا يَصِحُّ الضَّمَانُ بَدْلَ [٢/٥٥٠ ط] الْكِتَابَةِ ، وَهَذَا أَوَّلَى .

وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّالِثِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَا تَنْعَقِدُ بِلَا بَدْلِ ، فَلَمَّا تَعَدَّرَ النِّفَازُ تَعَيَّنَ التَّوَقُّفُ ، وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ أُمُكِّنَ النِّفَازُ بَدْلُ يَجِبُ عَلَى الْحَاضِرِ عَلَى أَنْ يَكُونَ بَدْلُ كِتَابَةِ الْحَاضِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِهِ الْعِتْقَ ، هَذَا الَّذِي قُلْنَا إِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنِ الْعَبْدِ الْغَائِبِ بِشَرْطِ أَنَّهُ إِذَا أَدَّى عَنْهُ فَهُوَ حُرٌّ .

أَمَّا إِذَا كَاتَبَ عَنْهُ وَلَمْ يَشَرْطْ ذَلِكَ ، وَمَعَ ذَلِكَ أَدَّى عَنْهُ ، فَهَلْ يُعْتَقُ الْعَبْدُ أَمْ لَا ؟ فِي الْقِيَاسِ : لَا يُعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَوْقُوفٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ حَتَّى يَقَعَ الْعِتْقُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ .

وَفِي الْاسْتِحْسَانِ : يُعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْعَبْدِ فِي ذَلِكَ ، بَلْ فِيهِ نَفْعٌ خَالِصٌ ،

حُرٌّ فَادَى لَا يُعْتَقُ قِيَاسًا ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ وَالْعَقْدِ مَوْقُوفٌ . وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يُعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الْغَائِبِ فِي تَغْلِيْقِ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْقَائِلِ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ هَذَا

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

حَيْثُ لَا يَرْجِعُ الْحُرُّ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى إِجَازَتِهِ ، [بِخِلَافِ لَزُومِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، فَتَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ] ^(١) .

قَالَ الْإِمَامُ الْعَتَّابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الجامع الكبير» ^(٢) : «وَلَوْ أَنَّ فُضُولِيًّا قَبْلَ كِتَابَةِ عَبْدٍ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ ، تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِجْبَابُ الْبَدْلِ عَلَى الْفُضُولِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ مِنَ الْعِتْقِ ، فَإِنْ بَلَغَهُ وَأَجَازَ ؛ صَارَ مُكَاتِبًا ، وَإِنْ تَبَرَّعَ الْفُضُولِيُّ بِأَدَاءِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْعَبْدُ ؛ عَتَقَ بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ .

وَهَلْ يَسْتَرِدُّ مِنَ الْمَوْلَى إِنْ أَدَّاهُ بِحُكْمِ ضَمَانٍ ؟ يَسْتَرِدُّ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّاهُ بِحُكْمِ ضَمَانٍ فَاسِدٍ ، وَإِذَا رَجَعَ عَلَى الْمَوْلَى لَا يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَى الْعَبْدِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، فَيُعْتَقُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإِنْ أَدَّاهُ بِغَيْرِ ضَمَانٍ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ وَعَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ وَقَدْ حَصَلَ مَقْصُودُهُ ، وَهُوَ عِتْقُ الْعَبْدِ ، بِخِلَافِ مَا أَدَّى دَيْنَ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلِ الْمَقْصُودُ .

فَإِنْ أَدَّى الْفُضُولِيُّ بَعْضَ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغِ الْعَبْدَ ؛ يَرْجِعُ بِكُلِّ حَالٍ ، سِوَاءِ أَدَّاهُ بِضَمَانٍ أَوْ بِغَيْرِ ضَمَانٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلِ مَقْصُودُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلُغِ الْعَبْدَ فَأَجَازَ ، إِنْ أَدَّاهُ بِغَيْرِ ضَمَانٍ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ مَقْصُودُهُ ، وَهُوَ بَرَاءَةُ الْعَبْدِ عَنْ بَعْضِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، نَفَذَتْ مِنْ حِينِ وَجُودِهَا ، فَظَهَرَ أَنَّهُ أَدَّاهُ بَعْدَ نَفْوذِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ أَدَّاهُ بِضَمَانٍ يَرْجِعُ ؛ لِفَسَادِ الضَّمَانِ .

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، «وَلَمْ» ، «وَلَج» ، «وَلَع» ، «وَلَس» .

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «الصَّغِير» . وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : «ن» ، «وَلَمْ» ، «وَلَج» ، «وَلَع» ، «وَلَس» .

الْحُكْمُ وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الْأَلْفِ الْعَبْدُ. وَقِيلَ: هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ وَلَوْ أَدَّى الْحُرُّ الْبَدَلَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ، وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ غَائِبٍ، فَإِنْ أَدَّى الشَّاهِدُ أَوْ الْغَائِبُ عَتَقًا وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ كَاتِبِنِي بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى

شَاهِدِ الْبَيَانِ

وَلَوْ أَنَّ لَرَجُلٍ حُرًّا ابْنًا مَمْلُوكًا لغيره، كَاتَبَ عَنْهُ أَبُوهُ مَعَ مَوْلَاهُ تَوَقَّفْتُ، فَإِنْ كَانَ الْابْنُ يَعْقِلُ وَأَجَازَ، نَفَذَتِ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْقِلْ تَوَقَّفْتُ إِلَى أَنْ يَعْقِلَ، فَإِذَا عَقِلَ وَقَبِلَ ١/٣٨٦/٦١ نَفَذَتِ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ، فَلَا يَمْنَعُ التَّوَقَّفَ، كَمَا لَوْ بَاعَ فُضُولِي مَالَ إِنْسَانٍ، وَهُوَ مُغْمَى عَلَيْهِ، أَوْ مَجْنُونٌ جَنُونًا غَيْرَ مُطْبِقٍ، فَأَفَاقَ وَأَجَازَ جَازَ، كَذَا هَذَا. كَذَا ذَكَرَ الْإِمَامُ الْعَتَّابِيُّ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ)، أَيِ: صُورَةُ مَسْأَلَةِ كِتَابِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، فِيمَا إِذَا أَدَّى الْحُرُّ عَنِ الْعَبْدِ بَعْدَ أَنْ كَاتَبَ عَنْهُ مَطْلَقًا عَنْ تَعْلِيْقِ الْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ، وَلَمْ يَقُلْ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَوَقَّفُ الْعَقْدُ لِأَجْلِ أَدَاءِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ، فَإِذَا أَدَّى عَنْهُ اسْتُغْنِيَ عَنِ التَّوَقَّفِ وَوَقَعَ الْعَتَقُ، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ مَالَ الْفَقِيهِ أَبُو اللَّيْثِ فِي «شرح الجامع الصغير».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ، وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ غَائِبٍ، فَإِنْ أَدَّى الشَّاهِدُ أَوْ الْغَائِبُ عَتَقًا)، أَيِ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «إِنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَعَلَى عَبْدٍ آخَرَ غَائِبٍ لِمَوْلَاهُ، فَأَدَّى هَذَا الشَّاهِدُ عَتَقَ الْغَائِبُ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ، إِنْ قَبِلَ الْغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ؛ فَلَيْسَ هَذَا مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالْمُكَاتَبَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمته الله.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٥٣].

يسمي وعلى فلان الغائب ، وهذه كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ ؛ اِسْتِحْسَانًا . وَفِي الْقِيَاسِ : يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ . وَجْهٌ

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

وقال محمدٌ في «الجامع الكبير» : «رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَعَلَى عَبْدٍ لَهُ عَائِبٌ ؛ فَالْمَكَاتِبَةُ جَائِزَةٌ ، وَلَا يَلْزَمُ الْغَائِبُ مِنَ الْمَالِ شَيْءٌ ، وَيَأْخُذُ الْحَاضِرُ بِجَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، أَجَازَ الْغَائِبُ الْكِتَابَةَ أَوْ لَمْ يُجْزِهَا»^(١) .

وَلَمْ يَذْكُرِ الْقِيَاسُ [٥٥١/٢] وَالِاسْتِحْسَانَ فِي الْجَامِعَيْنِ كَمَا تَرَى ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ مُكَاتِبٍ مِنَ «الْمَبْسُوطِ» هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ ، وَذَكَرَ فِيهَا الْعَتَائِيَّ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ فَقَالَ : «الْقِيَاسُ : أَنْ يَصِيرَ الْحَاضِرُ مُكَاتِبًا بِمَا يَخْصُهُ مِنَ الْكِتَابَةِ ، لَا بِجَمِيعِ الْمَكَاتِبَةِ ، وَيَتَقَفُّ الْكِتَابَةَ فِي حَقِّ الْغَائِبِ بِمَا يَخْصُهُ مِنَ الْمَكَاتِبَةِ عَلَى إِجَازَتِهِ ، حَتَّى مَلَكَ نُمُولِي بَيْعَهُ ، وَأَخَذَ أَكْسَابَهُ قَبْلَ إِجَازَةِ الْغَائِبِ .

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ : يَصِيرُ الْحَاضِرُ مُكَاتِبًا بِجَمِيعِ الْمَكَاتِبَةِ ، وَتَتَقَفُّ الْكِتَابَةُ عَلَى الْغَائِبِ فِيمَا يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ حَقُوقِ الْكِتَابَةِ» .

وَجْهُ الْقِيَاسِ : أَنَّ الْعَبْدَ الْحَاضِرَ لَهُ وَلَايَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى الْغَائِبِ ، فَيَنْقُذُ تَصَرُّفَهُ فِي مَوْضِعِ وَلَايَتِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ فِي غَيْرِهِ ، كَمَنْ بَاعَ مَالَهُ بِمَالٍ غَيْرِهِ ، أَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ وَأَمَةً غَيْرَهُ ، أَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ وَعَبْدًا غَيْرَهُ .

وَوَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ : أَنَّ الْحَاضِرَ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصْلًا فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، وَجَعَلَ الْغَائِبَ تَبَعًا لِنَفْسِهِ ، حَيْثُ ابْتَدَأَ بِنَفْسِهِ وَقَالَ : كَاتِبْنِي بِكَذَا وَفُلَانًا الْغَائِبَ ، وَالْكِتَابَةُ تَثْبُتُ فِي غَيْرِ الْعَاقِدِ [٣٨٦/٦ م] تَبَعًا ، كَالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ ، فَكَذَا يَدْخُلُ الْغَائِبُ فِي الْكِتَابَةِ تَبَعًا ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ لَا يَنْصَرُّرُ بِهِ ، حَيْثُ يَحْصُلُ الْعَتَى ، فَلَيْسَ

(١) لَمْ نَنْظُرْ بِهِ فِي مِثَالِهِ مِنَ الْقَدْرِ الْمَطْبُوعِ مِنْ «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» ! وَالْمَطْبُوعُ بِهِ سَقَطَ كَبِيرٌ يَشْمَلُ عِدَّةَ

الاستِحْسَانِ: أَنَّ الْحَاضِرَ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى نَفْسِهِ إِبْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالْغَائِبُ تَبَعًا، وَالْكِتَابَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالْأَمَةِ إِذَا كُتِبَتْ دَخَلَ

غاية البيان

عليه شيءٌ مِنَ الْبَدَلِ، سِوَاءٍ قَبْلَ الْكِتَابَةِ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهَا، وَلِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِي حَقِّ الْغَائِبِ تَعْلِيقُ الْعَتَقِ بِأَدَاءِ الْحَاضِرِ، وَالْمَوْلَى يَنْفَرِدُ بِالتَّعْلِيقِ، فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ، فَكَانَتْ قَالٌ لِلْحَاضِرِ: إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ كَذَا ففُلَانٌ حُرٌّ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الْبَدْلُ عَلَى الْحَاضِرِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْغَائِبِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى الْأَلْفَ عَتَقَا.

أَمَّا الْحَاضِرُ: فَظَاهِرٌ.

وَأَمَّا الْغَائِبُ: فَلِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَدْلُ لَازِمًا عَلَيْهِ، لَكِنْ لَهُ نَفْعٌ فِي الْأَدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَوَسَّلُ بِهِ إِلَى الْعَتَقِ، فَكَانَ أَدَاؤُهُ مُعْتَبَرًا فَيُعْتَقَانِ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْآخَرِ بَشْيءٍ.

أَمَّا الْحَاضِرُ: فَلِأَنَّ الْبَدْلَ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الْغَائِبُ: فَلِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فِي الْأَدَاءِ.

وَتَمَامُ بَيَانِ تَفْرِيعَاتِ الْمَسْأَلَةِ فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»:

إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَعَلَى عَبْدٍ لَهُ آخَرَ غَائِبٍ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَبِلَ الْحَاضِرُ؛ نَفَذَتْ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ عَلَى قَبُولِهِ وَإِجَازَتِهِ، وَلَا يَنْفَسِخُ بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنَ الْبَدْلِ؛ لَكُونِهِ تَبَعًا لِلْحَاضِرِ، فَإِنْ أَدَّى الْغَائِبُ جَمِيعَ الْبَدْلِ؛ يُجْبَرُ الْمَوْلَى عَنِ الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْأَدَاءِ حَتَّى يَعْتَقَ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا أَدَّى، حَيْثُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْأَدَاءِ.

وَلَوْ مَاتَ الْحَاضِرُ ثُمَّ أَدَّى الْغَائِبُ حِصَّتَهُ؛ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ رَجَاءُ الْأَدَاءِ مِنَ الْحَاضِرِ، وَلَوْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْغَائِبَ؛ سَقَطَتْ حِصَّتُهُ مِنَ الْبَدْلِ؛ لِأَنَّ الْبَدْلَ

أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عُنُقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ وَإِذَا
أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الْحَاضِرُ

شَايَةَ الْبَيَانِ

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ إِنَّمَا التَّزَمَ الْحَاضِرُ كُلَّ الْأَلْفِ عَلَى نَفْسِهِ^(١) بِمُقَابَلَةِ
عُنُقِهِمَا، فَإِذَا أَعْتَقَ الْغَائِبَ سَقَطَتْ حِصَّتُهُ؛ كَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: طَلَّقْتُكِ وَفُلَانَةُ عَلَى
أَلْفِ دَرَاهِمٍ عَلَيْكِ، فَقَبِلَتْ الْحَاضِرَةُ طَلَقًا بَائِنًا، وَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الْأَلْفِ عَلَى
الْحَاضِرَةِ.

وَلَوْ وَهَبَ الْمَوْلَى الْكِتَابَةَ مِنَ الْغَائِبِ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنْهَا لَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ
لَهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْحَاضِرَ سَقَطَتْ حِصَّتُهُ، وَأَخَذَ الْغَائِبُ بِحِصَّتِهِ حَتَّى لَوْ
لَمْ يُؤَدِّ يُرَدُّ رَقِيقًا؛ لِأَنَّ عُنُقَهُ تَعَلَّقَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنَ الْأَدَاءِ.

وَالْقِيَاسُ: أَنْ يَبْطُلَ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَبْقَ فِي حَقِّ الْأَصْلِ، لَكِنْ نَقُولُ: لَمْ يَبْقَ
فِي الْأَصْلِ لِمَعْنَى يَخُصُّهُ^(٢)، فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْبَطْلَانِ فِي حَقِّ الْغَائِبِ، لَكِنْ يُؤَدِّي
حِصَّتَهُ حَالًا.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مُنْجَمًا كَمَا كَانَ عَلَى الْحَاضِرِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ جُزْءُ
الْحَاضِرِ.

وَإِنْ أَدَّى حِصَّتَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْحَاضِرِ [٢/٣٨٧/٦]؛ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى قَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ
فَاتَ رَجَاءُ الْأَدَاءِ مِنَ الْحَاضِرِ.

وَإِنْ أَدَّى الْحَاضِرُ حِصَّتَهُ لَا يَعْتِقُ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ مُعَلَّقٌ بِأَدَاءِ الْكُلِّ، وَإِذَا أَدَّى
الْكُلَّ لَمْ يَرْجَعْ [٢/٥٥١/٢] عَلَى الْغَائِبِ؛ لِمَا مَرَّ.

وَإِنْ وَهَبَ الْمَوْلَى كِتَابَتَهُ مِنَ الْحَاضِرِ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنْهَا عَتَقًا، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى

(١) وقع بالأصل: «إلى نفسه». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) وقع بالأصل: «بخصه». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ أَضْلًا فِيهِ ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الْغَائِبِ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ تَبِعٌ فِيهِ .

قَالَ : وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقًا وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ أَمَّا الْحَاضِرُ فَلِأَنَّ الْبَدَلَ

غَايَةُ الْبَيَانِ

الغائب بشيء .

وَلَوْ مَاتَ الْغَائِبُ ، وَتَرَكَ وَلَدًا حُرًّا مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ ، ثُمَّ أَدَّى الْحَاضِرُ الْمُكَاتَبَةَ جَرًّا وَلَاءَ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ عَتَقَ فِي آخِرِ حَيَاتِهِ ، وَيَنْتَقِلُ وَلَاءُ الْوَلَدِ إِلَى مَوْلَى الْغَائِبِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْحَاضِرُ وَتَرَكَ وَلَدًا حُرًّا مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ ، ثُمَّ أَدَّى الْغَائِبُ الْمُكَاتَبَةَ جَرًّا وَلَاءَ وَلَدِ الْحَاضِرِ ، وَيَتَحَوَّلُ إِلَى مَوْلَاهُ ؛ لِمَا مَرَّ .

وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَعَلَى ابْنِ [لَهُ] ^(١) صَغِيرٍ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَبَلَغَ الْإِبْنَ ، فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ ، إِلَّا فِي خُصْلَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهِيَ أَنَّ هَاهُنَا إِذَا مَاتَ الْأَبُ سَعَى الْإِبْنُ فِي نَجْوَمِ أَبِيهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهُ . وَفِي الْقِيَاسِ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ - : يُؤَدِّي حَالَةً أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا ، كَالْوَلَدِ الْمُشْتَرَى فِي الْكِتَابَةِ .

وَقَالَ بَعْضُهُمْ : هَاهُنَا يُؤَدِّي مُنْجَمًا بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُنْجَمًا بِكِتَابَةِ أَبِيهِ حَقِيقَةً ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُكَاتَبًا حُكْمًا بَعْدَ كِتَابَةِ الْأَوَّلِ ، وَاجْمَعُوا أَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ يَسْعَى عَلَى نَجْوَمِ أَبِيهِ . كَذَا ذَكَرَ الْإِمَامُ الزَّاهِدُ الْعَتَّابِيُّ فِي «شرح الجامع الكبير» .

قَوْلُهُ : (فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ) ، أَي : فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْحَاضِرَ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقًا) ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير» .

قَوْلُهُ : (وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ) ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ .

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْغَائِبُ فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفُ الْحُرِّيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَدَلُ عَلَيْهِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا أَدَّى الدَّيْنَ يُجْبَرُ الْمُزْتَهِنُ عَلَى الْقَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ عَلَيْهِ .

قَالَ : وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى [١٣١/و] صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ وَالْغَائِبَ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرَ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ .

غاية البيان

والقياس : أَلَّا يُجْبَرَ عَلَى الْقَبُولِ إِذَا أَدَّى الْغَائِبُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ ، أَلَّا تَرَى إِلَى مَا قَالَ فِي «الشَّامِلِ» فِي قِسْمِ «المَبْسُوطِ» : «فَإِنْ مَاتَ الْحَاضِرُ فَلِلْغَائِبِ أَلَّا يُؤَدِّيَ شَيْئًا ، فَيَبْقَى مَمْلُوكًا ، وَإِنْ أَدَّى الْأَلْفَ يَعْتَقَانِ بِأَدَائِهِ ، وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ اسْتِحْسَانًا . وَجْهُ الْقِيَاسِ : أَنَّهُ أَتَى بِمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ كَالْأَجْنَبِيِّ .

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ : أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْعَتَقَ بِأَدَاءِ هَذَا الْمَالِ ، فَيُجْبَرُ الْمَوْلَى ، كَمَا لَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ فَجَاءَ وَلَدُهُ الْمُشْتَرَى فِي السُّوقِ بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ ؛ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ كَأَنَّ الْحَاضِرَ [٣٨٧/٦ ظ/م] مَاتَ عَنْ وَفَاءٍ^(١) .

قَوْلُهُ : (كَمُعِيرِ الرَّهْنِ) ، يَعْنِي : إِذَا اسْتَعَارَ مِنْ إِنْسَانٍ ثَوْبًا لِيَرَهْنَهُ بِدَيْنِهِ ، فَرهْنَهُ ثُمَّ أَدَّى الْمُعِيرُ الدَّيْنَ ؛ يُجْبَرُ الْمُزْتَهِنُ عَلَى الْقَبُولِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ عَلَى الْمُعِيرِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى اسْتِخْلَاصِ الْعَيْنِ ، وَيَرْجِعُ بِمَا أَدَّى عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَكَذَا هُنَا يُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ مِنَ الْغَائِبِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَدَلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِفَادَةِ الْحُرِّيَّةِ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ) ، أَي : قَالَ فِي «الْجَامِعِ

(١) يَنْظُرُ : «الْمَحِيطُ الْبَرْهَانِي» [١٢٠/٤] ، «الْعُنَايَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [١٩٥/٩] ، «تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ» [١٦٥/٥] ، «الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [٤٢٥/١٠] ، «مَجْمَعُ الضَّمَانَاتِ» [ص/ ٤٤٠] ، «رَدُّ الْمُحْتَارِ» [١٠٩/٦] .

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ لِمَا بَيْنَنَا فَإِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ الْغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالْكِتَابَةُ لَزِمَةٌ لِلشَّاهِدِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الْغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا. قَالَ: وَإِذَا كَاتَبْتَ الْأُمُّ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنْ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى

غاية البيان

الصغير^(١)، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ آنِفًا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢)، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

[قَوْلُهُ: (لِمَا بَيْنَنَا)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّهُ تَبِعَ فِيهِ)]^(٣).

قَوْلُهُ: (وَالْكِتَابَةُ لَزِمَةٌ لِلشَّاهِدِ)، أَي: لِلْعَبْدِ الْحَاضِرِ، يَعْنِي: أَنَّ الْكِتَابَةَ لَزِمَتْ الْحَاضِرَ قَبْلَ إِجَازَةِ الْغَائِبِ، فَبَعْدَ إِجَازَتِهِ لَا يَتَغَيَّرُ ذَلِكَ، فَلَأَجْلِ هَذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ وَإِنْ قَبِلَ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، ثُمَّ أَجَازَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ؛ لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ بِمَا أَدَّى عَنِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْكَفَالََةَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ نَفَذَتْ عَلَى وَجْهِ لَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ، فَلَمْ تَتَغَيَّرْ بِإِجَازَتِهِ، كَذَا هَاهُنَا.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا كَاتَبْتَ الْأُمُّ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنْ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ).

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فِي رَجُلٍ كَاتَبَ أُمَّةً عَلَى نَفْسِهَا، وَعَلَى ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ، قَالَ: جَائِزٌ، وَإِنْ كَبِرَا فَأَدَّى أَحَدُهُمَا جَمِيعَ الْمُكَاتَبَةِ، أَوْ أَدَّتْهَا الْأُمُّ؛ فَأَيُّهُمَا أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٥٣ - ٤٥٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٥٤].

(٣) ما بين الموقوفتين: زيادة من: «لن»، «ولم»، «ولج»، «ولغ»، «ولس».

صَاحِبِهِ وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ وَيُعْتَقُونَ؛ لِأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَضْلًا فِي نِكَدَةٍ وَأَوْلَادُهَا تَبَعًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى

﴿غاية البيان﴾

سنيء^(١) إلى هنا لفظ أصل «الجامع الصغير».

قَالَ فخر الإسلام عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله في «شرح الجامع»: «وليس [٥٥٢/٢] حوار العقد منها على ابنيها بطريق الولاية؛ إذ لا ولاية للأم الحرة على ولدها، وكيف تثبت للامة؟ ولكن طريق جوازها: أن ذلك جاز عليها قصداً، وعليهما تبعاً مستحساناً، [كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى غائب، وقد قيل: إن هذا جائز قياساً واستحساناً]^(٢)؛ لأن الولد تبع، بخلاف الغائب، فإن أدت الأم [فإنما]^(٣) أدت ديناً عليها، فلا يُشكّل أنها لا ترجع.

وإن أدت أحد الولدين لا يرجع على [٣٨٨/١] صاحبه أيضاً؛ لأنه ليس على صاحبه منه شيء، ولا يرجع على الأم؛ لأن الولد تابع للأم [وكسبه للأم]^(٢)، ويُجبر المولى على القبول؛ لأن المؤدّي منتفع بما يؤدّي.

ولا يرجع على القابض^(٣) استحساناً، والقياس: أن يرجع؛ لأنه مُتبرّع، وتبرّع المكاتب باطل.

وفي الاستحسان: لا يرجع؛ لأنه لما كان مُنتفعاً بما يؤدّي، وهو أنه يعتق، صار كأنه أدّى ديناً عليه، ألا ترى أن المولى يُجبر على القبول منه، فلذلك بطل^(٤). كذا قال فخر الإسلام رحمته الله.

قوله: (في المسألة الأولى)، أراد بها: ما إذا كاتب العبد عن نفسه، وعن

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [٤٥٤/ص].

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «و»، «ل»، «س».

(٣) وقع بالأصل: «الفائض». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «و»، «ل»، «س».

(٤) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [٢٧٦/ق]، مخطوط مكتبة جاز الله تحت رقم [٦٦٢].

وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ.

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

عَبْدٌ آخَرَ لِمَوْلَاهُ غَائِبٍ .

قَوْلُهُ: (وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ) ، أَي: الْأُمَّةُ أَوْلَى بِجَوَازِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ عَلَى وَلَدِهَا مِنَ الْأَجْنَبِيِّ فِي جَوَازِ عَقْدِهِ عَلَى الْغَائِبِ ، ثُمَّ لَمَّا جَازَ الْعَقْدُ ثَمَّةَ فَهَاهُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ أَقْرَبُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَبِعَ ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ .
وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .



بَابُ

كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

قَوْلُهُ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ^(١) أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيْبَهُ بِالْأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ، فَكَاتَبَ وَقَبِضَ بَعْضَ الْأَلْفِ، ثُمَّ عَجَزَ: فَالْمَالُ لِلَّذِي قَبِضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا، وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

غَايَةُ الْبَيَانِ

بَابُ

كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

لَمَّا فَرَغَ مِنْ كِتَابَةِ عَبْدٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ: شَرَعَ فِي كِتَابَةِ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِشْتِرَاكِ، أَوْ لِأَنَّ الْاِثْنَيْنِ بَعْدَ الْوَاحِدِ، وَأُطْلِقَ كِتَابَةُ الْعَبْدِ مُشْتَرَكٍ، وَلَمْ يُقَيَّدْ بِكِتَابَةِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، أَوْ بِكِتَابَتِهِمَا، حَتَّى يَشْمَلَ الْأَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّ الْبَابَ لِبَيَانِهِمَا جَمِيعًا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيْبَهُ بِالْأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ، فَكَاتَبَ وَقَبِضَ بَعْضَ الْأَلْفِ، ثُمَّ عَجَزَ؛ فَالْمَالُ لِلَّذِي قَبِضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

وقالا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا، وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ

الصَّغِيرِ».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيْبَهُ بِالْأَلْفِ، فَكَاتَبَ وَقَبِضَ بَعْضَ الْمُكَاتَبَةِ، ثُمَّ

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: رَجُلَيْنِ».

وَأَصْلُهُ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ؛ خِلَافًا لَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجْزُؤِ، وَفَائِدَةُ الْإِذْنِ إِلَّا يَكُونُ لَهُ

نهاية البيان

عجزَ الْمُكَاتَّبُ، والمَالُ فِي يَدَيِ الَّذِي قَبَضَ، قَالَ: هُوَ لَهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَهْلَكَهُ لَمْ يَرْجِعْ صَاحِبُهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَمَا قَبَضَ فَهُوَ لَهُ.

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هُوَ مُكَاتَّبٌ كُلُّهُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ، فَكُلُّ مَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ ^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله خِلَافًا لَهُمَا.

بَيَانُهُ: أَنَّ مُوجِبَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ كَوْنُ الْعَبْدِ أَخَصَّ بِمَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ، وَذَلِكَ عِبَارَةٌ عَنْ حُرِّيَّةِ الْيَدِ، فَصَارَتِ الْكِتَابَةُ نَظِيرَ الْإِعْتَاقِ، فَالْإِعْتَاقُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، فَكَذَا الْكِتَابَةُ، وَلَا يَتَجَزَّأُ الْإِعْتَاقُ [٣٨٨/٦ م] عِنْدَهُمَا، فَكَذَا الْكِتَابَةُ.

ثُمَّ إِذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ؛ صَارَ كُلُّهُ مُكَاتَّبًا كَالْإِعْتَاقِ الْبَعْضِ؛ لِعَدَمِ تَجْزُؤِ الْإِعْتَاقِ عِنْدَهُمَا، فَنَصِيبُهُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ بِحُكْمِ التَّوَكِيلِ، وَكُلُّ مَا قَبَضَ مِنَ الْبَدْلِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا، فَإِذَا عَجَزَ يَكُونُ عَبْدًا لَهُمَا.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: تَقْتَصِرُ الْكِتَابَةُ عَلَى نَصِيبِ الْعَاقِدِ لِتَجْزُؤِ الْكِتَابَةِ عِنْدَهُ، وَلَيْسَ لِلْآخَرِ حَقُّ النِّقْضِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِذْنِهِ، فَلَمَّا أَذِنَ بِالْقَبْضِ؛ كَانَ إِذْنًا لِلْمُكَاتَّبِ بِالْأَدَاءِ، فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ مِنَ الْكَسْبِ لِلْعَاقِدِ، فَاخْتَصَّ بِهِ، فَكَانَ الْمَقْبُوضُ لَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَجَمَلَةُ الْكَلَامِ [٥٥٢/٢ م] هُنَا: مَا ذَكَرَ الْإِمَامُ الْأَسْبَغَانِيُّ رحمهما الله فِي «شرح الطَّحَاوِيِّ» ^(٢) قَالَ: «وَلَوْ أَنَّ عَبْدًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا، فَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٤ - ٤٥٥].

(٢) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجاني [ق/٤٥٢].

حَقُّ الْفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ الْبَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالْأَدَاءِ
فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيْبِهِ عَلَيْهِ فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ الْمَقْبُوضِ لَهُ. وَعِنْدَهُمَا الْإِذْنُ بِكِتَابَةِ

غاية البيان

بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، أَوْ بغيرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ؛ فَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَأْذَنْ
لَهُ بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، أَوْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ، وَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يُكَاتِبَ كُلَّهُ، أَوْ نَصْفَهُ.

أَمَّا إِنْ كَاتَبَ نَصْفَهُ بغيرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ؛ صَارَ نَصْفُهُ مُكَاتِبًا، إِلَّا أَنْ لَشَرِيكِهِ حَقُّ
نَفْسِخٍ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الضَّرَرِ بِهِ فِي الْحَالِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ، وَفِي
نَمَالٍ حَيْثُ يَصِيرُ مُسْتَسْعَى، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ، وَلَا يَصَحُّ فُسْخُهُ إِلَّا بِقَضَاءٍ، أَوْ
رِضَا [الْمُكَاتِبِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ، فَلَا يُفْسَخُ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِقَضَاءٍ]^(١)، أَوْ رِضَا
الْعَبْدِ، فَإِنْ فُسِخَ عَادَ عَبْدًا، وَالْكَسْبُ لهما.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْلَمُ حَتَّى أَدَّى يَعْتِقُ نَصْفَهُ، وَالَّذِي لَمْ يُكَاتِبْ يَرْجِعُ عَلَى
شَرِيكِهِ، فَيَسْتَرِدُّ مِنْهُ نَصْفَ مَا قَبِضَ؛ لِأَنَّ مَا أَخَذَ يَكُونُ كَسْبَ عَبْدٍ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ
اِنْكُاتَبَ يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِمَا قَبِضَ شَرِيكُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ كَاتَبَ نَصِيْبَهُ عَلَى بَدَلٍ، وَلَمْ
يَسْلَمْ لَهُ إِلَّا نَصْفَهُ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى تَمَامِ الْبَدَلِ.

وَمَا كَانَ مِنَ الْكَسْبِ فِي يَدِ الْعَبْدِ نَصْفَهُ لَهُ بِالْكِتَابَةِ، وَنَصْفَهُ لَشَرِيكِهِ الَّذِي لَمْ
يُكَاتِبْ، هَذَا فِي الْكَسْبِ الَّذِي اكْتَسَبَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَمَا اكْتَسَبَ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ؛
لِأَنَّهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ يَصِيرُ مُسْتَسْعَى، وَهُوَ أَحَقُّ بِمَكَاسِبِهِ وَمَنَافِعِهِ مِنَ السَّيِّدِ.

فَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَبْدُ وَالْمَوْلَى فَقَالَ الْعَبْدُ: هَذَا كَسْبٌ اكْتَسَبْتُهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ، وَقَالَ
الْمَوْلَى: قَبْلَ الْأَدَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ شَيْءٌ حَادِثٌ، فَهُوَ لِقُرْبِ
الْأَوْقَاتِ، وَلَا يُقَدَّمُ وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَّا بِدَلِيلٍ، فَصَارَ الْحُكْمُ بَعْدَ هَذَا كَعَبْدٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ
اعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا، إِنْ كَانَ مُوسِرًا: فَلِلشَّرِيكِ ثَلَاثُ خِيَارَاتٍ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا: فَلَهُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

نَصِيْبِهِ إِذْنُ بِكِتَابَةِ الْكُلِّ لِعَدَمِ التَّجْزِؤِ ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ
فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالْمَقْبُوضُ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَى كَذَلِكَ بَعْدَ الْعَجْزِ .

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

خِيَارَانِ [١/٣٨٩/م] ، هَذَا إِذَا كَانَ الشَّرِيكُ لَمْ يَأْذَنْ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرِيكُ يَأْذَنْ ، وَلَمْ يَأْذَنْ بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ؛ فَهُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ
إِلَّا فِي فَصْلَيْنِ :

أَحَدِهِمَا : أَلَّا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ ؛ لَوْجُودِ الرِّضَا .

وَالثَّانِي : لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ بَعْدَمَا عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَتَقِ حَيْثُ
أَذِنَ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ .

وَإِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَقَبْضَ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ؛ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ ، إِلَّا فِي
ثَلَاثَةِ فُصُولٍ : اِثْنَانِ قَدْ ذَكَرْنَاهُمَا ، وَالثَّلَاثُ : أَنْ مَا قَبْضَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَهُ ، هَذَا إِذَا
كَاتَبَ نَصِيْبَهُ .

فَأَمَّا إِذَا كَاتَبَ الْجَمِيعَ ؛ فَهُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ ، إِلَّا فِي فَضْلٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا
أَخَذَ الشَّرِيكُ مِنْهُ نِصْفَ مَا قَبْضَ مِنَ الْمُكَاتَبِ ؛ لَا يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، هَذَا
إِذَا كَانَ بَغِيرَ إِذْنِ الشَّرِيكِ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِإِذْنِهِ ، أَوْ أَجَازَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ ؛ صَارَ مُكَاتَبًا بَيْنَهُمَا ، وَلَا يَعْتَقُ
جَمِيعُهُ إِلَّا بِأَدَاءِ الْأَلْفِ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ؛ عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا ،
وَإِنْ أَدَّى الْكُلَّ إِلَى أَحَدِهِمَا ؛ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَصِلَ نِصْفُهُ إِلَى شَرِيكِهِ ، إِلَّا إِذَا أَذِنَ لَهُ
بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِمَا عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا ، وَجَمِيعُ الْكَسْبِ لِلْمُكَاتَبِ .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّرِيكُ حَتَّى إِذَا أَدَّى نِصْفَ الْكِتَابَةِ ؛ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ
الْجَمِيعَ ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ ، فَلَا يَنْزِلُ إِلَّا بِكَمَالِهِ ، فَإِنْ أَدَّى
الْكُلَّ إِلَيْهِ عَتَقَ بِنَصِيْبِهِ ، وَلَشَرِيكِهِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا قَبْضَ ، وَهُوَ لَا يَرْجِعُ عَلَى

وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهَا، فَوَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ،
ثُمَّ وَطَّئَهَا الْآخَرُ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ؛

﴿هَآئِةُ الْبَيَانِ﴾

العبد؛ لأنه لَمْ يَسْلَمْ للعبد جميع الرقبة، فأدَّى إليهما معاً عتق، والولاء بينهما.

وإن أدَّى إلى أحدهما أولاً لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ وَقَعْتُ بصفقة واحدة، هذا
إذا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ لَهُ بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ: فَإِنْ أدَّى إليهما ^(١) عتق
كلُّهُ. وإن أدَّى جميعه إلى الذي كاتبه عتق كلُّهُ، والمقبوض بينهما، والولاء بينهما،
وإن أدَّى كلُّهُ إلى الشريك لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَصِلَ نَصْفُهُ إِلَى شريكه، وهذا عند [٥٥٣/٢]
أبي حنيفة رحمته الله.

وعند صاحبيه: كِتَابَةُ النصف كِتَابَةُ الْكُلِّ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ عِنْدَهُمَا: لَا تَتَجَزَّأُ،
فَإِنْ لَمْ يُجِزْ صَاحِبُهُ يَفْسَخْ، وَلَوْ لَمْ يَفْسَخْ حَتَّى أدَّى يَعْتِقُ كلُّهُ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ الشَّرِيكُ
نصف ما قبض، ولا يَرْجِعْ هُوَ عَلَى الْعَبْدِ بِمَا قَبِضَ مِنْهُ شريكه، ونصف الكسب
الفاضل للمُكَاتِبِ، ونصفه للذي لَمْ يُكَاتِبْ، والولاء كلُّهُ للذي كَاتَبَ، وَيُضْمَنُ
حِصَّةَ شريكه إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

وَيَسْعَى الْعَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، فَأَمَّا إِذَا أَجَازَ شريكه صَارَ مُكَاتِبًا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ
أَدَّى إِلَيْهِمَا عَتَقَ [٣٨٩/٦ م/ظ]، والولاء بينهما، وجميع الكسب للمُكَاتِبِ، فَإِنْ أدَّى إِلَى
أَحَدِهِمَا لَا يَعْتِقُ حَتَّى يَصِلَ نَصْفُهُ إِلَى الْآخَرِ ^(٢). كذا في «شرح الطحاوي رحمته الله».

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهَا، فَوَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ
فَادَّعَاهُ، ثُمَّ وَطَّئَهَا الْآخَرُ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ)،
أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) وقع بالأصل: «أدَّى إليها». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، و«س».

(٢) إلى هنا انتهى النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجابي [٤٥٢/ق].

لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحَّت دَعْوَتُهُ لِإِقْيَامِ الْمِلْكِ لَهُ فِيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَيَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ عَلَى نَصِيبِهِ كَمَا فِي الْمُدَبَّرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الْأَخِيرَ صَحَّتْ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة عليه السلام: في جارية بين رجلين كاتبها جميعاً، فوطئها أحدهما، فجاءت بولدٍ فادَّعاه، ثُمَّ وَطئها الآخرُ، فجاءت بولدٍ فادَّعاه، ثُمَّ عَجَزَتْ، قَالَ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ، فَيُضْمَنُ الأَوَّلُ نَصْفَ عُقْرِهَا، [ونصفُ قيمتها للآخر، وَيُضْمَنُ الآخرُ عُقْرَهَا وَقيمتها ولديها] ^(١)، ويكونُ ابنه، وأَيْتَهُمْ دَفَعَ الْعُقْرَ إِلَى الْمُكَاتَبَةِ جَازَ.

وإن كان الثاني لم يطأها، ولكنه دبرها، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ بَطَلَ تدبيره، وكانت أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ، وكان الولدُ وَلَدَ الأَوَّلِ، وَيُضْمَنُ لِلأَوَّلِ نَصْفَ عُقْرِهَا، ونصفُ قيمتها لشريكه.

وقال أبو يوسف ومحمد عليهم السلام: إن وَطئها أحدهما، فجاءت بولدٍ فادَّعاه؛ صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وهِيَ مكاتبته لَهُ كُلُّهَا على حاله.

ويُضْمَنُ لشريكه نصفُ قيمتها عند أبي يوسف عليه السلام.

وعند محمد عليه السلام: عليه الأقلُّ مِنْ نَصْفِ الْقِيَمَةِ، وَمِنْ نَصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُكَاتَبَةِ، وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخرِ لَهَا، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا، وَلَا يَكُونُ ابنه بِالْقِيَمَةِ، ولكنه يَغْرَمُ لَهَا الْعُقْرُ ^(٢). إلى هنا لفظُ أَصْلِ «الجامع الصغير».

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «مُكَاتَبَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ عِلَقَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا، قَالَ: هِيَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ وَكَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَيُضْمَنُ لشريكه نصفُ

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ج»، «و»، «ل»، «س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].

دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مُلْكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ [١٣١/ظ] بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتْ الْكِتَابَةُ كَأَن لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ وَوَطْأَةِ سَابِقٍ.

غاية البيان

فِيْمَتِهَا، وَنَصَفَ عُقْرَهَا، وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَأَخَذَتْ عُقْرَهَا. فَإِنْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَلِقَتْ مِنَ الْآخِرِ، ثُمَّ عَجَزَتْ، قَالَ: الْوَلَدُ الْأَوَّلُ لِلأَوَّلِ، وَالثَانِي لِلثَانِي، وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ، وَعَلَيْهِ نَصْفُ قِيْمَتِهَا، وَعَلَى الثَّانِي قِيْمَةُ الْوَلَدِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْكَافِي».

وَحَاصِلُ الْاِخْتِلَافِ: رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ الْإِسْتِيْلَادَ فِي الْمُكَاتَبَةِ يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَتَجَزَّأُ، وَفِي الْقِنَّةِ لَا يَتَجَزَّأُ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي الْمُدْبَرَةِ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمْ ^(٢). كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

لَهُمَا: أَنَّ الْإِسْتِيْلَادَ [إِذَا أُمْكَنَ تَكْمِيلُهُ؛ وَجَبَ التَّكْمِيلُ، وَلِهَذَا يَكْمُلُ الْإِسْتِيْلَادُ] ^(٣) فِي الْقِنَّةِ بَلَا خِلَافٍ، وَقَدْ أُمْكَنَ هُنَا بِنَقْضِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَالْإِسْتِيْلَادُ لَا يَحْتَمِلُهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ كَاتَبَ أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ مَاتَ؛ تَنْقَسُخُ الْكِتَابَةُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا عَتَقَ الْمُكَاتَبُ بغيرِ جِهَةِ الْكِتَابَةِ؛ تَنْقَضُ الْكِتَابَةُ، وَإِذَا انْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ صَارَتْ قِنَّةً، وَالْإِسْتِيْلَادُ فِي الْقِنَّةِ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا اسْتَوْلَدَ رَجُلٌ مُكَاتَبَةً نَفْسِهِ، حَيْثُ لَا تَنْقَضُ [٣٩٠/٦م] الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ نَقْضَ الْكِتَابَةِ فِي الْمُكَاتَبَةِ الْمَشْتَرَكَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى تَكْمِيلِ الْإِسْتِيْلَادِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّكْمِيلِ فِي مُكَاتَبَةِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيْلَادَ كَامِلٌ.

(١) ينظر: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [١٠٦/ق].

(٢) ينظر: «شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» لِقَاضِيْخَانَ [٢٢٤/ق].

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «لَج»، «وَلَاغ»، «وَلَس».

وَيُضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ
الِاسْتِيلَادَ . وَنِصْفَ عُقْرِهَا ؛ لِوُطْنِهِ جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَيُضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا

﴿ غاية البيان ﴾

وَلَا بِي حَنِيفَةٍ رَبِّهِ : أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِتَكْمِيلِ الْإِسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْلَدَ لَا يَتَمَلَّكُ
نَصِيبَ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ ^(١) لَا يَقْبَلُ النِّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ سَائِرِ الْأَسْبَابِ ،
فَكَذَا لَا يَقْبَلُهُ بِالِاسْتِيلَادِ .

وَتَحْقِيقُهُ : أَنَّ الْإِسْتِيلَادَ يَجِبُ الْقَوْلُ بِتَجْزِئِهِ إِذَا عَارَضَهُ حَقٌّ لَازِمٌ ، وَلِهَذَا إِذَا
[٥٥٣/٢ ط] اسْتَوْلَدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مُدَبَّرَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّهُ يَتَجَزَّأُ ، فَيُنْبَغِي أَنْ يَتَجَزَّأَ
اسْتِيلَادُ الْمُكَاتَبَةِ الْمَشْتَرَكَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ حَقٌّ لَازِمٌ كَالْتَذْيِيرِ ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ
إِذَا اسْتَوْلَدَ مُكَاتَبَةٌ ابْنَهُ ، كَمَا لَا يَصِحُّ إِذَا اسْتَوْلَدَ مُدَبَّرَتَهُ .

وَأَجَابَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَنْ قَوْلِهِمَا : « إِنَّهُ تَنْفَسُخُ الْكِتَابَةُ » ، وَقَالَ : « لَا سَبِيلَ
إِلَى أَنْ تَنْفَسَخَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِنْدَهُمْ لَا تَتَجَزَّأُ فِي الْفَسْخِ ، كَمَا لَا تَتَجَزَّأُ فِي الْعَقْدِ ،
فَلَوْ انْفَسَخَتْ لَبَطَلَتْ أَصْلًا ، فَلَوْ قَالَا : تَنْفَسُخُ الْكِتَابَةُ فِيمَا يَنْفَعُ الْمُكَاتَبَ .

كَمَا إِذَا كَاتَبَ أُمٌّ وَلَدَهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَجَوَابُهُ أَنَّ الْفَسْخَ هُنَا لَمْ يَتَمَحَّضْ مَنْفَعَةٌ ؛
إِذِ الْمُكَاتَبُ رُبَّمَا يَرْضَى بِحَرِيَةِ عَاجِلَةٍ بِبَدَلٍ ، وَلَا يَرْضَى بِحَرِيَةِ آجِلَةٍ بِلَا بَدَلٍ ، فَإِذَا
لَمْ يَتَمَحَّضْ مَنْفَعَةٌ لَا تَنْفَسُخُ .

ثُمَّ اخْتَلَفَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : يُضْمَنُ قِيَمَةُ نَصِيبِ
شَرِيكِهِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ . يَعْنِي : نِصْفَ قِيَمَتِهِ مُكَاتَبًا .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُضْمَنُ الْأَقْلُ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَلِ
الْكِتَابَةِ ، وَكَذَلِكَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي مُكَاتَبٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا .

وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ الْمَدْعِيَ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، حَتَّى صَارَ كُلُّهُ

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : « الْمُكَاتَب » . وَالْمُثَبِّتُ مِنْ : « ن » ، « م » ، « ل » ، « ج » ، « غ » ، « س » .

وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْرُورِ ، لِأَنَّهُ حِينَ وَطِنَهَا كَانَ مُلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا . وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ لِكِنْتُهُ وَطِئَ أُمَّ وَنَدِ الْغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالُ الْعُقْرِ .

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

مُكَاتَبًا لَهُ ، فَيُضْمَنُ قِيَمَةً مَا مَلَكَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْعَتَاقِ : أَتْلَفَهُ ، فَيُضْمَنُ مَا أَتْلَفَهُ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا .

وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام : أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى الْمُكَاتَبِ فِي أَحَدِ شَيْئَيْنِ : إِمَّا الرِّقَبَةَ عَلَى تَقْدِيرِ الْعَجْزِ ، وَإِمَّا بَدَلَ الْكِتَابَةِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأَدَاءِ ، فَيُضْمَنُ الْأَقْلَ .
ثُمَّ عِنْدَهُمَا : لَمَّا صَارَ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ قَبْلَ الْعَجْزِ ، تَبْقَى مُكَاتَبَةً ، وَلَكِنْ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ عليهم السلام ، قَالَ بَعْضُهُمْ : بِنَصْفِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : بِجَمِيعِ بَدْلِ ^(١) الْكِتَابَةِ ^(٢) .

وَالأَوَّلُ : قَوْلُ الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ الْمَآثِرِيِّ عليه السلام ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمَّا انْفَسَخَتْ فِي نَصِيبِ الثَّانِي ؛ سَقَطَ نَصْفُ بَدْلِ الْكِتَابَةِ ، وَحَصَلَتِ الْبَرَاءَةُ عَنْ نَصْفِ الْبَدْلِ ، فَبَقِيََتْ مُكَاتَبَةً بِالنَّصْفِ ، فَصَارَ عِتْقُهَا مَعْلَقًا بِأَدَاءِ النَّصْفِ .

وَالثَّانِي : قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ عليهم السلام ؛ لِأَنَّ انْفِسَاخَ الْكِتَابَةِ أَمْرٌ ضَرْوَرِيٌّ ثَبَتَ فِي حَقِّ التَّمَلُّكِ ضَرْوَرَةً تَكَامِلِ الْإِسْتِيلَادِ ، فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ ، أَعْنِي : فِي حَقِّ سَقُوطِ نَصْفِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ [٣٩٠/٦ ط/م] ، فَبَقِيََ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ كَمَا كَانَ .

وَلِهَذَا جَعَلَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ عليهما السلام ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تَمَلُّكِ الْمُكَاتَبَةِ ^(٣) ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَبَا يَوْسَفَ عليه السلام قَالَ : يُضْمَنُ نَصْفَ قِيَمَتِهَا مُكَاتَبَةً .

(١) وقع بالأصل : «بجميع مال» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

(٢) ينظر : «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٧٦] ، مخطوط مكتبة جاز الله تحت رقم [٦٦٢] .

(٣) وقع بالأصل : «بمنزلة المكاتب» . والمثبت من : «ن» ، «م» ، «ج» ، «غ» ، «س» .

وَأَيْهُمَا دَفَعَ الْعُقْرَ إِلَى الْمُكَاتِبَةِ جَازًا ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ
الْفَبْضِ لَهَا ؛ لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَإِنْدَالِهَا ، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرَدُّ الْعُقْرُ إِلَى الْمَوْلَى
لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَا : هِيَ أُمُّ وَلَدٍ
لِلأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ الْوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ
لَهُ ؛ لِأَنَّ أُموميةَ الْوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالْإِجْمَاعِ مَا أَمَكْنَ ، وَقَدْ أَمَكْنَ يَفْسُخُ
الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ فَيَنْفَسِخُ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتِبُ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ
فِيمَا وَرَاءَهُ ،

❦ هَایة البیان ❦

فَيَغْرَمُ عُقْرًا كَامِلًا ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْكِتَابَةِ : يَغْرَمُ عُقْرًا كَامِلًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا ^(١) مُكَاتِبَةٌ
بَيْنَهُمَا ، وَوَطْءُ الرَّجُلِ مُكَاتِبَتَهُ يُوجِبُ الْعُقْرَ كَوَطْءِ مُكَاتِبَةِ الْغَيْرِ ، وَإِنْ أَدَّى الْعُقْرَ
إِلَيْهَا صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبُهَا ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهَا أَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ الْعُقْرَ صَارَ كُلُّهُ حَقًّا
لَهُ بِالْعَجْزِ .

وَعِنْدَهُمَا : لَمَّا تَكَامَلَ الْإِسْتِيلَادُ لِلأَوَّلِ ؛ لَمْ تَصِحَّ دِعْوَةُ الثَّانِي ، وَلَمْ يَغْرَمْ قِيَمَةُ
الْوَلَدِ ، وَضَمِنَ عُقْرًا كَامِلًا لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَوَاطِءِ أُمِّ وَلَدِ الْغَيْرِ ، وَلَكِنْ سَقَطَ الْحَدُّ
لِمَكَانِ الشُّبْهَةِ ، وَيَضْمَنُ الْأَوَّلُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا ، وَنِصْفَ عُقْرِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً
مُشْرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ .

قوله: (وَأَيْهُمَا دَفَعَ الْعُقْرَ)، أي: قَبْلَ الْعَجْزِ .

قوله: (فَيَنْفَسِخُ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتِبُ)، أي: فِي أُموميةِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ لَهَا

[٦/٣٩١م] فِيهَا نَفْعًا ، حَيْثُ لَا تَبْقَى مُحَلًّا لِلابْتِدَالِ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

قوله: (وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ)، أي: فِي غَيْرِ مَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتِبُ ،

يَعْنِي: أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ ضَرُورَةً تَكَامُلِ الْإِسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّ لَهَا فِيهِ نَفْعًا ، وَالثَّابِتُ

(١) وقع بالأصل: «لأنه»، والمثبت من: «ن»، «م»، «لج»، «ولع»، «ولس».

بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالَ الْكِتَابَةِ إِذِ الْمُشْتَرِي لَا يَرْضَى بِبَقَائِهِ مُكَاتِبًا . وَإِذَا صَارَ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلَدٍ الْغَيْرِ .

قَالَ : فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ .

وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْعُقْرِ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا يَغْرَى عَنْ إِحْدَى الْغَرَامَتَيْنِ ،

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ ، وَلَا يَظْهَرُ أَثَرُ الْإِنْفِسَاخِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ ، حَتَّى تَبْقَى مُكَاتِبَةٌ فِي غَيْرِهِ كَمَا كَانَتْ ، حَتَّى لَا يَسْقُطَ نَصْفُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ، بَلْ تَبْقَى مُكَاتِبَةٌ بِجَمِيعِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ، وَحَتَّى لَا يَجِبَ عَلَى الْمُسْتَوْلِدِ الْأَوَّلِ قِيَمَةُ النِّصْفِ قِنًّا ، بَلْ يَجِبُ قِيَمَةُ النِّصْفِ مُكَاتِبًا ، وَحَتَّى لَا يَتَعَدَّى انْفِسَاخُ الْكِتَابَةِ إِلَى نَصِيبِ الْمُسْتَوْلِدِ ، وَحَتَّى لَا يَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ وَاطِئًا مُكَاتِبَةً ، فَافْهَمْ .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ) ، يَعْنِي : أَنَّ اسْتِيلَادَ الْمُدَبَّرَةِ يَتَجَزَّأُ ، وَاسْتِيلَادُ الْمُكَاتِبَةِ لَا يَتَجَزَّأُ ، وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ : أَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْبَلُ الْفَسْخَ ، وَكَمَلِ الْإِسْتِيلَادُ بِالْفَسْخِ ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ .

قَوْلُهُ : (وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ) ، يَعْنِي : إِذَا بَاعَ الْمُكَاتَبُ بِلَا رِضَاهُ ؛ لَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابُ ضَرُورَةً صِحَةِ الْبَيْعِ ، كَمَا تَنْفَسِخُ ضَرُورَةً صِحَةِ الْإِسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ إِنَّمَا تَنْفَسِخُ بِمَا لَا يَنْضَرُّ بِهِ الْمُكَاتَبُ ، فَلَوْ فُسِخَتْ لَضَرُورَةِ الْبَيْعِ ؛ يَنْضَرُّ الْمُكَاتَبُ ، فَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ ، وَمَعَ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ لَا يَرْضَى الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِلَا تَرَاضٍ .

قَوْلُهُ : (لِلشُّبْهَةِ) ، وَهِيَ شُبْهَةٌ كَوْنُهَا مُكَاتِبَةٌ بَيْنَهُمَا .

وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له، قيل: يجب عليها نصف بدل الكتابة؛ لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل. وقيل: يجب كل البدل؛ لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه، والمكاتبة هي التي تعطى العقر لإختصاصها بإبدال منافعتها. ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى بظهور اختصاصه على ما بينا.

قال: ويضمن [١٣٢/و] الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمته الله نصف قيمتها مكاتبة؛ لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه مؤسراً كان أو

غاية البيان

قوله: (وإذا بقيت الكتابة)، أي: فيما تتضرر المكاتبة بالفسخ، (وصارت كلها مكاتبة له)، أي: للأول.

قوله: (قيل: يجب عليها نصف بدل الكتابة)، وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي، وقد بيناه.

قوله: (وقيل: يجب كل البدل)، وهو قول عامة المشايخ رحمهم الله.

قوله: (ضرورة)، أي: ضرورة تكامل الاستيلاد.

قوله: (وفي إبقائه في حقه نظر للمولى)، أي: في إبقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمستولد الأول.

قوله: (تعطى العقر)، على صيغة المثنى للمفعول.

قوله: (على ما بينا)، أي: في تعليل قول أبي حنيفة رحمته الله.

قوله: (قال: ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمته الله نصف قيمتها مكاتبة)، أي: قال في

مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَّانُ التَّمَلُّكِ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام: يَضْمَنُ الْأَقْلَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقَبَةِ عَلَى إِعْتِبَارِ الْعَجْزِ، وَفِي نِصْفِ الْبَدَلِ عَلَى إِعْتِبَارِ الْأَدَاءِ فَلِلتَّرَدُّدِ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقْلُهُمَا. قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الثَّانِي وَلَمْ يَطَّأَهَا، وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ؛ بَطَلَ

هَاجَةُ الْبَيَانِ

«الجامع الصغير»^(١)، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ لَفْظِ «الجامع الصغير»، وَدَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ عليه السلام جَمِيعًا.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ عليه السلام فِي «شرح الجامع الصغير»: «اختلف أبو يوسف ومحمد في وجوب الضمان عليه - أي: على الأول -، قَالَ أَبُو يُوسُفَ عليه السلام: عَلَيْهِ نِصْفُ [٥٥٤/٢] قِيمَتِهَا [٣٩١/٦] م، وَكَذَلِكَ أَجَابَ مُحَمَّدٌ عليه السلام فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَفِي كِتَابِ «الزيادات». وَقَالَ فِي هَذَا الْكِتَابِ - أي: فِي «الجامع الصغير»^(٢) - عَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا، وَمِنْ نِصْفِ الْكِتَابَةِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفَقِيهِ عليه السلام.

وَأِنَّمَا قَالَ: (فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^(٣))؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ الرَّقَبَةَ عَلَى شَرِيكِهِ^(٤)، أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَلَاءَ صَارَ كُلُّهُ لَهُ، فَيَجِبُ أَنْ يَغْرَمَ نِصْفَ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ قَتَلَهَا رَجُلٌ خَطَأً؛ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا، وَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ.

وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام: يَضْمَنُ الْأَقْلَ؛ لِأَنَّهُ يَقِينٌ، وَفِي الْأَكْثَرِ شَكٌّ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ مَكَاتِبَهُ، ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ؛ يَسْعَى الْمُكَاتَبُ فِي الْأَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ مَكَاتِبَتِهِ، فَكَذَلِكَ هُنَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الثَّانِي وَلَمْ يَطَّأَهَا، وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ؛ بَطَلَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) وقع بالأصل: «قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) وقع بالأصل: «على الشركة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

التدبير ؛ لأنه لم يُصادف الملك . أمّا عندهما فظاهر ؛ لأنّ المُستولد تملكها قتل العجز . وأمّا عند أبي حنيفة رحمته الله فلاّنه بالعجز تبين أنّه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنّه مُصادف ملك غيره والتدبير يعتدّ الملك ، بخلاف النسب ؛ لأنه يعتدّ الغرور على ما مرّ .

قال : وهي أمّ ولدٍ للأول ؛ لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء

غاية البيان

التدبير) ، أي : قال في «الجامع الصغير»^(١) . وترتيب لفظه مرّ قبل هذا .

يعني : أنّ الذي ذكرنا فيما إذا استولد أحد الشريكين جارية كاتبها ، ثمّ استولدها الثاني ، أمّا إذا استولدها الأول ، ودبرها الثاني فعجزت ؛ فالتدبير باطل بالاتفاق ، وهذا ظاهر لا يُشكل على قولهما ؛ لأنّ التدبير الثاني لم يُصادف ملك نفسه ؛ لأنّ الأول لمّا استولدها صار كلّها أمّ ولدٍ له ، ومُكاتبة له .

وأمّا عند أبي حنيفة رحمته الله : فلاّن الجارية لمّا عجزت ظهر أنّ كلّها أمّ ولدٍ الأول ، وللثاني قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته ، وظاهر الملك كافٍ لثبات النسب واستحقاق الولد بالمغرور ، وليس بكافٍ للتدبير ؛ لأنّ التدبير لا يُثبت بالشبهات .

ألا ترى أنّ من اشترى جارية فدبرها ثمّ استحققت ؛ بطل التدبير ، ولو استولدها ثمّ استحققت ؛ لم يتطلّ النسب ، وكان الولد حرّاً بالقيمة ، فافترق استيلاء الثاني - حيث صحّ - وتدبيره ، حيث لم يصحّ ، وهذا معنى قوله : (والتدبير يعتدّ الملك ، بخلاف النسب ؛ لأنه يعتدّ الغرور) .

قوله : (على ما مرّ) ، إشارة إلى قوله : (ويكون ابنه ؛ لأنه بمنزلة المغرور ؛ لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً) .

قوله : (قال : وهي أمّ ولدٍ للأول) ، أي : الجارية التي يدبرها الثاني - بعد

(١) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٤٥٥] .

عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَيُضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ عُقْرِهَا ؛ لِوَطْنِهِ جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَنِصْفَ قِيَمَتِهَا ؛
لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ تَمَلَّكَ بِالْقِيَمَةِ.

قَالَ: وَالْوَلَدُ وَلَدُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمُصَحِّحِ ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ
جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَاهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ، ثُمَّ عَجَزَتْ ؛ يَضْمَنُ
الْمُعْتَقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَقَالَا:

غَايَةُ الْبَيَانِ

اسْتِيلَادِ الْأَوَّلِ ثُمَّ عَجَزَتْ - أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، وَيُضْمَنُ الثَّانِي نِصْفَ عُقْرِهَا ، وَنِصْفَ
قِيَمَتِهَا ، وَقَدْ اسْتَوْفَيْنَا ^(١) الْبَيَانَ قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) ، إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي تَعْلِيلِ [٢/٣٩٢/٦] قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ
رحمته الله بِقَوْلِهِ: (وَبَيَّنَّ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ).

قَوْلُهُ: (وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا) ، أَي: مِنْ طَرَفِ أَبِي حَنِيفَةَ ، [وَطَرَفِ] ^(٢) أَبِي يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٍ رحمته الله فِي بَيَانِ الدَّلِيلِ فِيمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ الثَّانِي ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا ذَكَرَ مِنْ طَرَفِ
أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

أَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ طَرَفِهِمَا: فَهُوَ قَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ الْوَلَدَ ؛ صَارَتْ كُلُّهَا
أُمُّ وَلَدٍ) ، إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَاهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ، ثُمَّ عَجَزَتْ ؛
يُضْمَنُ الْمُعْتَقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله). وَقَالَا:

(١) وقع بالأصل: «استوفى». والمثبت من: «ان»، «لام»، «واج»، «واغ»، «واس».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ان»، «لام»، «واج»، «واغ»، «واس».

لا يَرْجِعُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لَمْ تَزَلْ قِنَّةً،

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

لا يَرْجِعُ عَلَيْهَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

وَأَصْلُهُ: أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثَّرُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَمَا كَانَتْ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ عِنْدَهُ يَتَجَزَّأُ، فَلَمْ يَتْلَفْ مِنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ شَيْئًا، وَهَذَا لِأَنَّ أَثَرِ إِعْتَاقِ النِّصْفِ أَنْ يَصِيرَ النِّصْفُ الْآخَرُ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ.

وَهَاهُنَا ذَلِكَ النِّصْفُ مُكَاتَبٌ قَبْلَ الْإِعْتَاقِ، فَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ الْإِعْتَاقِ فِيهِ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْمُعْتَقِ ضَمَانٌ فِي الْحَالِ وَالْمُكَاتَبَةُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ أَدَّتِ الْكِتَابَةَ، وَإِنْ شَاءَتْ [٢/٥٥٥هـ] عَجَزَتْ، فَإِذَا أَدَّتْ عَتَقَتْ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَى أَحَدٍ.

فَإِذَا عَجَزَتْ ظَهَرَ أَثَرُ الْإِعْتَاقِ الْآنَ، وَصَارَ تَعْدِيًّا، فَغَرِمَ لَصَاحِبِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهَا، وَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ عَلَيْهَا كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَهُ، وَهَذَا كَشَاهِدَيْنِ شَهِدَا بَدَيْنِ مُؤَجَّلٍ، فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا؛ لِأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، فَإِذَا حُلَّ الْأَجَلُ، وَأَخَذَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ظَهَرَ التَّعْدِي، وَوَجَبَ الضَّمَانُ وَالرَّجُوعُ.

وَعَلَى قَوْلِهِمَا: يَغْرَمُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، فَإِذَا عَجَزَتْ عِنْدَهُمَا؛ يَضْمَنْ نِصْفَ الْقِيَمَةِ بِالْإِتْفَاقِ، كَعَبْدٍ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ؛ فَلِلشَّرِيكِ خِيَارَاتٌ ثَلَاثٌ: إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُوسِرًا إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ، وَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْعَبْدِ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَاهُ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا.

وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا^(٢)؛ فَلِلشَّرِيكِ خِيَارَانِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ

(١) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» / مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص/٤٥٥].

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «مُوسِرًا». وَالْمُثَبَّتُ مِنْ: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَالْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ وَفِي الْخِيَارَاتِ وَغَيْرِهَا كَمَا هُوَ مَسْأَلَةٌ تَجَزُّوْا الْإِعْتَاقَ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْعِتَاقِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْعَجْزِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَنْ يَجْعَلَ نَصِيبَ غَيْرِ الْمُعْتَقِ كَالْمُكَاتِبِ فَلَا يَتَغَيَّرُ نَصِيبُ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّهَا مُكَاتِبَةٌ قَبْلَ ذَلِكَ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ يُعْتَقُ الْكُلُّ فَلَهُ أَنْ يُضْمَنَهُ قِيَمَةً نَصِيبِهِ مُكَاتِبًا إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ

غاية البيان

[٣٩٢/٦ م] استسعى والولاء بينهما، وعندهما: إِنْ كَانَ مُوسِرًا يُضْمَنُهُ لَا غَيْرَ، وَلَا يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْغَلَامِ، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ. وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْغَلَامُ فِيهِ لَا غَيْرَ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّرِيكَ فِيهِ، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى رحمته الله إِلَّا فِي حَرْفٍ وَاحِدٍ، قَالَ: يَرْجِعُ الْغَلَامُ بِمَا سَعَى فِيهِ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي عِتَاقِ «الْكَافِي».

قوله: (وَالْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الْخِلَافِ)، أَي: الْجَوَابُ فِي الْقِنِّ الْمَشْتَرَكِ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ؛ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ الْمُعْتَقُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا عَلَى الْغَلَامِ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَرْجِعُ.

وكذا للشريك خياراً ثلاثاً: إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُوسِرًا، وَخِيَارٌ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، وَعِنْدَهُمَا: لَيْسَ لَهُ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ، وَالسَّعَايَةُ مَعَ الْإِعْسَارِ.

وكذا الخلافُ فِي الْوَلَاءِ أَيْضًا، فَعِنْدَهُمَا: الْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ فِي الْحَالَيْنِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا إِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ أَوْ اسْتَسْعَاهُ، فَأَمَّا إِذَا ضَمَنَهُ الشَّرِيكَ؛ فَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ.

قوله: (وَغَيْرِهَا)، أَرَادَ بِهِ: الْوَلَاءَ، فَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ آنفًا.

قوله: (وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْعِتَاقِ)، أَي: فِي بَابِ الْعَبْدِ يَغْتَقُ بَعْضُهُ.

بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ .

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ [١٣٢/ظ]

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ .) .
إلى آخره ، أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَيَدَبِّرُهُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ يُعْتَقُهُ الْآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، قَالَ: إِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ . وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَ الْآخَرُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمَّنَ الْمُعْتَقَ ، وَلَكِنَّهُ يَسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ .

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِذَا دَبَّرَ أَحَدُهُمَا ؛ فَهُوَ مُدَبِّرٌ لَهُ ، وَعِتَقَ الْآخَرُ بَعْدَ ذَلِكَ بَاطِلٌ ، وَيُضَمَّنُ الَّذِي دَبَّرَهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا قَبْلُ ؛ فَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ مِنْ قَبْلِهِ ، وَتَدْبِيرُ الْآخَرِ بَعْدَهُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَعْتَقَهُ مُوسِرًا ضَمَّنَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْغَلَامُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمهما الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ، فَإِنَّ الْآخَرَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ دَبَّرَهُ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عَلَى حَالِهِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْبَتَّةَ وَهُوَ مُوسِرٌ ؛ ضَمَّنَ لَصَاحِبِهِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ إِنْ شَاءَ ذَلِكَ صَاحِبُهُ ، وَهُوَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ مُدَبِّرًا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَلَامِ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْغَلَامُ [٣٩٣/٦م] فِيهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ [٥٥٥/٢ط] وَالْوَلَاءُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ [لَهُمَا] ^(٢) .

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٧] .

(٢) ما بين المعقوفين: في «م»: «بينهما» .

وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمَّنَ الْمُعْتَقَ وَيُسْتَسْعَى أَوْ يَغْتَقَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

غاية البيان

وإن لم يُعْتَقَ الثاني، ولكنه ضَمَّنَ المُدَبَّرَ نِصْفَ قِيَمَةِ الغلام، صار الغلام كله لِلْمُدَبَّرِ، نِصْفُهُ مُدَبَّرٌ، وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَإِنْ لَمْ يُضَمَّنْهُ، ولكنه استسعى فأدَّى إليه السَّعَايَةَ؛ كَانَ المُدَبَّرُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى فِي نَصِيهِ مُدَبَّرًا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمَّنَ شَرِيكَه، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنه: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا؛ كَانَ مُدَبَّرًا كُلُّهُ ^(١)، وَيُضَمَّنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لَشَرِيكَه مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى رضي الله عنه: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ الْبَتَّةَ؛ فَالتَّذْيِيرُ بَاطِلٌ، وَالْعَتَقُ جَائِزٌ، وَالْمُعْتَقُ ضَامِنٌ لِنَصِيبِ شَرِيكَه إِنْ كَانَ مُوسِرًا ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي».

وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّ التَّذْيِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، فَيَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيهِ خِلَافًا لِهَمَا، فَيَقَعُ إِعْتَاقُ الثَّانِي [فِي] ^(٣) نَصِيهِ بَعْدَ ذَلِكَ صَحِيحًا، فَصَارَ تَعْدِيًّا عَلَى نَصِيبِ المُدَبَّرِ؛ لِأَنَّ المُدَبَّرَ كَانَ يَسْتَحْدِمُهُ، فَبَعْدَ إِعْتَاقِ الثَّانِي لَيْسَ لَهُ الْإِسْتِخْدَامُ ^(٤).

ثُمَّ المُدَبَّرُ لَهُ الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْغُلَامَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيهِ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ تَضْمِينُ الشَّرِيكِ وَاسْتِسْعَاءُ ^(٥) الْغُلَامِ، فَإِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ؛ لَيْسَ لِلْمُدَبَّرِ أَنْ يُضَمَّنَ

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الکافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٧].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٤) ينظر: «المبسوط» [١٠٧/٧]، «بدائع الصنائع» [١٢٧/٤]، «تبيين الحقائق» [٨٠/٣].

(٥) وقع بالأصل: «واستسعى». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّذْيِيرَ يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُ فَتَذْيِيرُ أَحَدِهِمَا يُقْتَصَرُ عَلَى نَصِيْبِهِ لَكِنْ يُفْسِدُ بِهِ نَصِيْبَ الْآخَرِ فَيُثْبِتُ خَيْرَةَ الْإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالْإِسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ

﴿ هَايَةَ الْبَيَانِ ﴾

الْمُعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ أَعْتَقَ الْأَوَّلَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ عِنْدَهُ يَتَجَرَّأُ ، إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْغَلَامَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ .

فَلَمَّا دَبَّرَ الثَّانِي بَعْدَ إِعْتَاقِ الْأَوَّلِ ؛ بَطَلَ حَقُّ التَّضْمِينِ ؛ لِأَنَّ التَّضْمِينَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِشَرْطِ التَّمْلِيكِ ، [وَنَصِيْبُ الْمُدَبَّرِ لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ] ^(١) ؛ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَصِحُّ نَقْلُهُ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ ، فَكَانَ الْمُدَبَّرُ مُبْرَأً بِالتَّذْيِيرِ عَنِ الضَّمَانِ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ التَّذْيِيرُ سَابِقًا ، حَيْثُ يَكُونُ لَهُ تَضْمِينُ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْسَدَ نَصِيْبَهُ بِالْإِعْتَاقِ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِالتَّذْيِيرِ لَمْ يَبْقَ قَابِلًا لِلنَّقْلِ وَالتَّمْلِيكِ ، فَوَجَبَ الضَّمَانُ عَلَى الْمُعْتَقِ ، كَذَلِكَ لَا يُشْتَرُطُ التَّمْلِيكَ .

أَمَّا إِذَا كَانَ الْإِعْتَاقُ سَابِقًا : فَنَصِيْبُ الْآخَرِ عَلَى مِلْكِهِ ، ثُمَّ إِذَا دَبَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُهُ التَّضْمِينُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ كَمَا وَجَبَ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ التَّذْيِيرِ يُضَمَّنُهُ بِتَّمْلِيكِ نَصِيْبِهِ مِنَ الْمُعْتَقِ ، وَالْآنَ لَا يُمَكِّنُهُ التَّمْلِيكَ لِتَعَذُّرِ نَقْلِ الْمُدَبَّرِ .

وَعِنْدَهُمَا : لَمَّا دَبَّرَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ؛ صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لَهُ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا ، وَيُضَمَّنُ لِسَاحِبِهِ نَصْفَ قِيَمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمْلِكٍ ، فَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَلَكٌ كَسَبَ الْمُدَبَّرَ وَخَدَمَتَهُ ، وَالضَّمَانُ إِذَا كَانَ بَدَلٍ يَسْتَوِي فِيهِ الْيَسَارُ [١ / ٣٩٣ ط / م] وَالْإِعْسَارُ .

أَمَّا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا : فَتَذْيِيرُ الْآخَرِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا ، وَيُضَمَّنُ الْمُعْتَقُ نَصْفَ قِيَمَتِهِ لَشَرِيْكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَيَسْعَى الْغَلَامُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْإِعْتَاقِ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، حَيْثُ يَجِبُ عَلَى الْمَوْسِرِ وَلَا

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «لَنْ» ، «وَلَمْ» ، «وَلَجَ» ، «وَلَاغَ» ، «وَلَسَ» .

مَذْهَبُهُ ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالْإِسْتِسْعَاءِ ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَجَزَأُ عِنْدَهُ ،

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

يَجِبُ عَلَى الْمُفَسِّرِ بِالْحَدِيثِ ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي بَابِ الْعَبْدِ يَعْتِقُ بَعْضُهُ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ؛ كَانَ لِلْآخِرِ أَنْ يَبِيعَ نَصِيْبَهُ ، فَإِذَا أَعْتَقَهُ الْآخِرُ بَطَلَ تَدْبِيرُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ أَقْوَى ، فَيَرْفَعُ التَّدْبِيرُ .

وَجَوَابُهُ : أَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِنَفَاذِهِ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمُعْتَقِ ، وَالْمُدَبِّرُ لَا يَقْبَلُ النُّقْلَ ، ثُمَّ فِي قِيَمَةِ الْمُدَبِّرِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ ﷺ :

قِيلَ : قِيَمَتُهُ نِصْفُ قِيَمَةِ الْقِنْ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ الْإِنْتِفَاعُ بِبَدْلِهِ ، وَبَقِيَ الْإِنْتِفَاعُ بَعَيْنِهِ .

وقيل : تمامُ قِيَمَةِ الْقِنْ .

وقيل : قِيَمَتُهُ ثُلَاثَا قِيَمَةِ الْقِنْ ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْوِطَاءِ وَالسَّعَايَةِ بَاقِيَةٌ ، وَمَنَفْعَةُ الْبَيْعِ زَائِلَةٌ ، وَقِيَمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ ثُلُثُ قِيَمَةِ الْقِنْ ؛ لِأَنَّ [٥٥٦/٢] مَنَفْعَةُ السَّعَايَةِ وَالْبَيْعِ زَائِلَةٌ .

وقيل : قِيَمَتُهُ قِيَمَةُ الْخِدْمَةِ ، يُنْظَرُ بِكُمْ يُسْتَعْدَمُ مَدَّةَ عُمرِهِ حَزْرًا أَوْ ظَنًّا ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي بَابِ الْعَبْدِ يَعْتِقُ بَعْضُهُ .

وَقَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ ﷺ فِي «شرح الجامع الصغير» : «وإنما يُعْرَفُ قِيَمَتُهُ مُدَبِّرًا عِنْدَ بَعْضِهِمْ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ» .

ثُمَّ قَالَ : «وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَنْتَقِصُ بِسَبَبِ التَّدْبِيرِ ثُلُثُ قِيَمَتِهِ ، فَكَانَ قِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ قَدْرَ ثُلَاثِي قِيَمَتِهِ قِنًا ، وَقِيَمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ [قَدْرٌ] ^(١) ثُلُثُ قِيَمَتِهَا قِنَةً ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْمَمْلُوكِ ثَلَاثَةٌ : الْإِسْتِخْدَامُ وَالْإِسْتِزْبَاحُ بِالْبَيْعِ ، وَقَضَاءُ الدِّيُونِ مِنْ مَالِيَتِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَبِالتَّدْبِيرِ تَفُوتُ مَنَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَهِيَ مَنَفْعَةُ الْإِسْتِزْبَاحِ بِالْبَيْعِ ، فَيَنْتَقِصُ ثُلُثُ قِيَمَتِهِ .

(١) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ان» ، «ام» ، «اغ» ، «اس» .

﴿ هاية البيان ﴾

وبالاستيلاد نفوت منفعتان: منفعة الاسترباح، ومنفعة قضاء الديون بعد الموت، وتبقى منفعة واحدة، وهي منفعة الاستخدام، فتوزع القيمة على ذلك، ثم هذا الذي ذكرنا فيما إذا كان أحدهما من التدبير أو الإعتاق سابقاً على الآخر^(١).

فأما إذا خرج الكلامان معاً: قال الإمام الأسننجابي رحمته الله في «شرح الطحاوي»: «على قول أبي حنيفة رحمته الله: صح التدبير في النصف، والعتق في النصف، والولاء بينهما، ولكن يجعل كأنه دبر أحدهما ثم أعتق الآخر، حتى يكون للمدبر تضمين المعتق بنصف قيمته، مدبراً إن كان مؤسراً، أو استسعاء العبد ذلك؛ لأنه إن سبق يضمن جميع قيمة نصيبه مدبراً، وإن لحق التدبير لم يضمن المعتق، فدار بين السقوط والوجوب، فيجب نصفه.

وعلى قول أبي يوسف رحمته الله: ينفذ العتق، ولا ينفذ التدبير، فيجعل كأنه أعتقه أحدهما، ثم دبره الآخر، فالعتق ينفذ، ولا ينفذ التدبير.

وعند محمد رحمته الله: يصح [٢/٣٩٤/٦] التدبير، ويصح العتق، إلا أن العتق يغلب، فيعتق كله، والمدبر يرجع على المعتق، فيضمنه نصف قيمته مدبراً، والولاء بينهما نصفان إن كان المعتق مؤسراً، وإن كان مؤسراً سعى في نصف قيمته مدبراً عنده.

وعند أبي يوسف: يجب نصف قيمته عبداً في الحالين، والولاء كله للمعتق، هذا إذا علم، وإن كان لا يعلم فعلى قولهما: يجعل كأنه خرج الكلامان منهما معاً.

وعلى قول أبي حنيفة رحمته الله: يصح التدبير، ويصح العتق والولاء بينهما، ويرجع المدبر برُبْع قيمته على المعتق؛ لأنه إن كان العتق سابقاً فبالمدبر صار مبرئاً

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [٢٢٤/ق].

وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ الْعِتْقِ وَالْأَسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهُبُهُ وَيُضَمَّنُهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ الْمُدَبَّرَ. ثُمَّ قِيلَ: قِيَمَةُ الْمُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ: يَجِبُ ثَلَاثُ قِيَمَتِهِ وَهُوَ قِنْ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: الْبَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالْإِسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالْفَائِثُ الْبَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمِنَهُ لَا يَتِمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ، كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ.

وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا كَانَ لِلْآخَرِ الْخِيَارَاتُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَتَّقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالْأَسْتِسْعَاءِ؛ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ يَعْتِقُ وَيَسْتَسْعَى.

غاية البيان

له، وَإِنْ كَانَ التَّدْبِيرُ سَابِقًا فَيَجِبُ الضَّمَانُ، فَإِذَا كَانَ لَا يُعْلَمُ: يَرْجِعُ بِنَصْفِ الضَّمَانِ، وَهُوَ رُبُعُ الْقِيَمَةِ مُدَبَّرًا. وَالْبَاقِي يُعْلَمُ فِي «شرح الطحاوي» (رحمته الله).

قوله: (يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ)؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ كَانَ مُنْتَفِعًا بِالْغَلَامِ اسْتِخْدَامًا، فَبِالْإِعْتَاقِ فَسَدَ ذَلِكَ.

قوله: (الْبَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ)، أَرَادَ بِهَا: الْإِرْثَ، وَالْهِبَةَ، وَالصَّدَقَةَ، وَالْوَصِيَّةَ؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ ذَلِكَ يَزُولُ الْمِلْكُ عَنِ الرَّقَبَةِ كَالْبَيْعِ.

قوله: (وَالْإِسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ)، أَرَادَ بِهَا: الْوَطْءَ، وَالْإِجَارَةَ، وَالْإِعَارَةَ؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ ذَلِكَ [منها] ^(١) انتفاعًا بالمنفعة مع بقاء العين.

قوله: (وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ)، أَرَادَ بِهَا: التَّدْبِيرَ، وَالْكِتَابَةَ، وَالْإِسْتِيلَادَ، وَالْإِعْتَاقَ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّ مَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا إِلَى الْحَرِيَةِ كَالْإِعْتَاقِ.

قوله: (كَانَ لِلْآخَرِ الْخِيَارَاتُ عِنْدَهُ)، أَي: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (رحمته الله)، أَرَادَ بِهَا:

(١) ما بين المعقولتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ل»، «ج»، «غ»، «س».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعَتَقُ الْآخَرَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُزُّ عَنْهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّذْيِيرِ وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكِ فَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ قَنًا؛ لِأَنَّهُ صَادَقَهُ التَّذْيِيرُ وَهُوَ قِنٌ.

وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَذْيِيرُ الْآخَرِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ فَعَتَقَ كُلَّهُ سِوَ يُصَادِفُ التَّذْيِيرُ الْمَلِكَ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ.

وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الْإِعْتَاقِ فَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ عَنْهُمَا.

شَايَةَ الْبَيَانِ

خَيْرَ الْإِعْتَاقِ، وَالضَّمَانِ، وَالِاسْتِسْعَاءَ الَّتِي ذَكَرَهَا، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ آتِفًا، وَبَيَانُ مَا بَعْدَهُ أَيْضًا إِلَى آخِرِ الْبَابِ.

وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



بَابُ

مَوْتِ الْمُكَاتَّبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَى

قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ عَنْ نَجْمِ نَظَرِ الْحَاكِمِ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ، أَوْ مَالٌ يَقْدَمُ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهَا ^(١) الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ،

هَاجَةُ الْبَيَانِ

بَابُ

مَوْتِ الْمُكَاتَّبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَى

وَأَمَّا ذَكَرَ هَذَا الْبَابَ آخِرًا؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ وَالْعَجْزَ عَارِضَانِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ، فَكَانَ التَّأخِيرُ هُوَ الْمُنَاسِبُ [٢/٥٥٦هـ]؛ لِأَنَّ الْعَارِضَ بَعْدَ الْأَصْلِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ عَنْ نَجْمِ نَظَرِ الْحَاكِمِ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ، أَوْ مَالٌ يَقْدَمُ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ» ^(٢).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: لَا يُعْجَزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ ^(٣).

وَقَوْلُهُ: «عَجَزَهُ»، أَي: عَجَزَ الْحَاكِمُ الْمُكَاتَّبَ، وَأَرَادَ بِالْحَاكِمِ: الْقَاضِيَ. يَعْْنِي: نَسَبَهُ إِلَى الْعَجْزِ، وَحَكَمَ بِعَجْزِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْحَاكِمِ،

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: عَلَيْهِ».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٧٩].

(٣) قَالَ جَمَالُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِهِ: الصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَاعْتَمَدَهُ الْبَرْهَانِيُّ وَالنَّسْفِيُّ وَغَيْرُهُمَا. يَنْظُرُ: «هُدَايَةُ الصَّنَائِعِ» [٤/١٤١]، «الِاخْتِيَارُ لِتَعْلِيلِ الْمُخْتَارِ» [٤/٤٢]، «تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ» [٥/١٧٠]، «الْعَنَايَةُ» [٩/٢٠٧]، «الْجَوْهَرَةُ النَّيِّرَةُ» [٢/١٩٧]، «الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ» [١٠/٤٤١]، «الْلَبَابُ» [٣/١٣٠].

.....
﴿٦٦٥﴾ هاية البيان ﴿٦٦٥﴾

ولم يذكُرهُ بلفظِ القاضي ؛ حتى يشملَ المُحَكَّمُ أيضًا ؛ لأنَّ حُكْمَهُ يَصِحُّ فيما سوى الحدودِ والقصاصِ ، إذا كانَ لَهُ أهليةُ القضاءِ .

وقالَ في «الجامع الصغيرِ» : «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ عليه السلام : في المُكَاتِبِ يَعْجَزُ فيقولُ : أَخْرُونِي ، قالَ : إِنْ كانَ لَهُ مالٌ حاضرٌ ، أو مالٌ غائبٌ يُرْجَى قُدُومُهُ [٣٩٤/٦ م] ؛ أَخْرَتْهُ يَوْمينِ أو ثلاثةً ، لَا أَزِيدُهُ على ذلكَ شيئًا ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ عليه السلام ، وقالَ أبو يوسفَ عليه السلام : لَا أَرُدُّهُ في الرِّقِّ حتى يتوالى عليه نجمانِ» ^(١) . إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغيرِ» ، وقولُ ابنِ أبي ليلى كقولِ أبي يوسفَ عليه السلام ^(٢) . كذا في «المختلفِ» .

وَجْهٌ قولُ أبي يوسفَ : ما رُوِيَ عن عليٍّ عليه السلام أَنَّهُ قالَ : «المُكَاتِبُ إِذَا تَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ ؛ رُدَّ فِي الرِّقِّ» ^(٣) ، ولأنَّ مَبْنَى الكِتَابَةِ على التَّخْفِيفِ والتَّسْهِيلِ ؛ لأنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ بِالْعَبْدِ ، ولهذا كانَ التَّاجِيلُ ، والتَّنْجِيمُ أَحْسَنُ مِنَ الكِتَابَةِ الْحَالَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ جَائِزَةً عِنْدَنَا ، والتَّنْجِيمُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : كَاتِبْتُكَ على عَشْرَةِ أَواقٍ مِنْ ذَهَبٍ ، تُؤَدِّي إِلَيَّ في كُلِّ شَهْرٍ أَوقِيَّةً ، والتَّسْهِيلُ في الْأَيَّامِ إِلَى الرِّقِّ قَبْلَ تَوَالِي النِّجْمَيْنِ ، وَلأنَّ الْقَسْخَ إِنَّمَا يَجِبُ لِلْعَجْزِ عَنْ أَدَاءِ بَدَلِ الكِتَابَةِ ، والأَدَاءُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِ النَّجْمِ ، وَبَعْدَ حُلُولِهِ إِلَى دُخُولِ الْوَقْتِ الثَّانِي وَقَتِ الْأَدَاءِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ مَا لَمْ يَدْخُلِ الْوَقْتُ الثَّانِي ؛ لأنَّهُ بِدُخُولِهِ يَفُوتُ عَنْ وَقْتِهِ ، فَيَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ ، وَلأنَّ حَقَّ الْمُدَدِ وَالْأَجَالِ بِالاعتبارِ ما اتَّفَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ ، فَاشْتَرَطَ تَوَالِي النِّجْمَيْنِ ، وَلأنَّ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٧ - ٤٥٨] .

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٠٩٥/٢] .

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢١٤١٣] ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٣٤٢/١٠] ، عَنْ

غاية البيان

الْفَسْخَ للعجزِ ، والعجزُ باتفاقهما لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بتوالي النَجْمَيْنِ .
قَالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله : « وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله استحسانٌ ، صارَ
إليه تيسيرًا على العبدِ » .

وَوَجْهُ قولهما : أَنَّهُ لَمَّا عَجَزَ عن نجمٍ واحدٍ ؛ كَانَ أعجزَ عن نجمَيْنِ ، فَلَا
حَاجَةَ إِلَى الانتظارِ إِلَى نجمٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أدَاءٍ قَلِيلٍ ؛ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى
أداءٍ كَثِيرٍ بالطريقِ الْأَوَّلِيِّ ، فِي الرَّقِّ قَبْلَ تَوَالِي النَجْمَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ انْتِظَرَ إِلَى الثَّلَاثَةِ
إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ ، أَوْ يُرْجَى قُدُومُهُ استحسانًا ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلأداءِ بَعْدَ الوجوبِ
مِنْ زَمَانٍ ، فَقُدِّرَ ذَلِكَ بِالثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَدَّةٌ ضَرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَارِ .

أَلَا تَرَى إِلَى قولِهِ تَعَالَى : ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود: ٦٥] . وَقَالَ
تَعَالَى فِي قِصَّةِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ : ﴿ قَالَ إِنْ سَأَلْتُكَ عَنْ شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَحِّحْنِي قَدْ بَلَغْتَ مِنْ
لَدُنِّي عُذْرًا ﴾ [الكهف: ٧٦] .

فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ : اسْتَحْسِنُوا هَذَا الْقَدَرَ مِنَ الزَّمَانِ ، فَجْعَلُوهُ مِنْ بَابِ التَّعْجِيلِ
دُونَ التَّأْجِيلِ .

وَلِهَذَا قَالُوا : إِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ ، وَادَّعَى الدَّفْعَ بَبَيِّنَةٍ
حَاضِرَةٍ ؛ يُؤَجَّلُ لَهُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ، [وَلَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ ، وَكَذَلِكَ الْغَرِيمُ
الْحُرُّ إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ وَطَلَبَ الْإِمْهَالَ إِلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ] ^(١) ؛ أُجِيبَ إِلَى ذَلِكَ ،
وَلَمْ يَكُنْ بِهَذَا الْقَدْرِ مَمْتَنَعًا مِنَ الْأَدَاءِ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا .

بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ أَصْلًا ، حَيْثُ [٥٥٧/٢] لَا يُنْتَظَرُ عَلَيْهِ أَصْلًا ؛
لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ ، وَالْمَوْلَى لَمْ يَرْضَ بِحَرِيَّتِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ الْمَالِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَرْضَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س» .

والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعداء كإفهاال الخصم للدفع والمثيون

هامة البهتان

به من المدة.

والجواب عن احتجاج أبي يوسف بأثر عليّ فنقول: إن فيه الرد إلى الرق إذا توالى نجمان، وليس فيه نفي الرد إذا لم يوجد التوالي، فيرد إلى الرق بما ذكرنا من الدليل؛ لأن تخصيص [٢/٣٩٥/٦] الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه.

أو نقول: إن الآثار متعارضة، والتاريخ مجهول، فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس، وذلك لأن أصحابنا عليه السلام روي في «شروح الجامع الصغير» وغيرها: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: «أن مكاتباً له عجز عن نجم واحد، فردة في الرق»^(١).

ومعنى النجم: هو الطالع، ثم سمي به الوقت المضروب، ومنه قول الشافعي رحمته الله: «أقل التأجيل نجمان»^(٢)، أي: شهران، ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة. ثم اشتقوا منه فقالوا: نجم الدية تنجيماً إذا أداها نجوماً. ونجم المال إذا أداها نجوماً، ومنه قول زهير^(٣):

يُنَجِّمُهَا قَوْمٌ لِقَوْمٍ غَرَامَةً ۖ وَلَمْ يُهْرِيقُوا بَيْنَهُمْ مِلًّا مَحْجَمَ

أي: يُعْطِي دِيَّةً مَنْ قُتِلَ قَوْمٌ لَمْ يَقْتُلُوا، وَلَمْ يُرِيقُوا دَمًا أَصْلًا.

قوله: (لإبلاء الأعداء)، أي: لإظهارها.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة [رقم/٢١٤١٥]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٣٤١/١٠]. عبد الله بن عمر رضي الله عنه به.

(٢) ينظر: «مختصر المزني» مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي [٤٣٣/٨]. و«الحوي الكبير» للمصنفين [١٤٦/١٨]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيخ أبي [ص/١٤٦].

(٣) يعني: زهير بن أبي سلمى، حكيم الشعراء في الجاهلية، وهو المراد عند الإصلاص والحيث من معلقته الشهيرة، ينظر: «ديوان زهير» [ص/٦٧].

لِلْقَضَاءِ فَلَا يُرَادُ عَلَيْهِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا يُعْجَزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ؛ لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِذَا تَوَالَى عَلَى الْمَكَاتِبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ إِزْفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُوَجَّلَةً وَحَالَةَ الْوُجُوبِ بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْهَالٍ مُدَّةٍ اسْتِيسَارًا، وَأَوَّلَى الْمُدَدَ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ. وَلَهُمَا: أَنَّ سَبَبَ الْفُسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الْعَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الْأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالْآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ مَكَاتِبَهُ لَهُ عَجَزَتْ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الْإِخْتِجَاجُ بِهَا. قَالَ: فَإِنْ أَخْلَ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَعَجَزَ، فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ؛ فَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالْعُذْرِ أَوْلَى، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الْعَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْفُسْخِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ تَامٌّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ.

غاية البيان


قوله: (عَقْدٌ إِزْفَاقٍ)، أي: رَفِيقٌ، يُقَالُ: رَفَقْتُ بِهِ وَأَرْفَقْتُهُ بِمَعْنَى: كَذَا فِي «الصَّحَاحِ»^(١).

قوله: (قَالَ: فَإِنْ أَخْلَ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَعَجَزَ، فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ؛ فَهُوَ جَائِزٌ)، أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) ينظر: «الصَّحَاحُ فِي اللُّغَةِ» لِلْجَوْهَرِيِّ [٤/١٤٨٢/مادة: رَفَقَ].


قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ؛ لِإِنْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ لِمَوْلَاهُ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْفُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

غاية البيان

وصورتها فيه: «محمدٌ عن يعقوب عن أبي حنيفة »: في الْمُكَاتَبِ يَجَلُّ عِيبُهُ نَجْمٌ، فَيُعْجَزُ عَنْهُ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، وَيُرَدُّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ، قَالَ: يَكُونُ ذَلِكَ جَائِزًا، فَإِنْ رَفَعَهُ مَوْلَاهُ إِلَى السُّلْطَانِ، وَقَدْ أَخْلَى بِهِ، نَظَرَ الْإِمَامُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ حَاضِرٌ أَخَذَهُ، وَإِلَّا رَدَّهُ فِي الرِّقِّ^(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير».

وَأَرَادَ بِالسُّلْطَانِ: الْقَاضِي، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ كَالْبَيْعِ. فَإِذَا جَازَ فُسْخُهَا بِالتَّرَاضِي بِلَا عُدْرٍ؛ فَبِالْعُدْرِ أَوْلَى أَنْ تُفْسَخَ، فَإِذَا لَمْ يَرْضَ الْمُكَاتَبُ بِالنِّسْخِ، فَلَا بُدَّ مِنْ قَضَاءِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ.

وَأَرَادَ بِالْإِخْلَالِ بِنَجْمٍ: تَرَكَ أَدَاءَ وَظِيْفَةَ بَدْلِ الْكِتَابَةِ الَّتِي اتَّفَقَا عَلَيْهَا^(٢). وَأَصْلُهُ مِنْ قَوْلِهِمْ: أَخْلَى بِمَرْكَزِهِ؛ إِذَا تَرَكَهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ)، أَي: قَالَ الْقُدُّورِيُّ  فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ لِمَوْلَاهُ»^(٣).

وَقَوْلُهُ: (عَجَزَ)، وَقَعَ فِي النَّسْخِ عَلَى صِغَةِ الْمُنِيِّ لِلْفَاعِلِ مِنَ الثَّلَاثِيِّ. وَكَذَلِكَ كَانَ وَقَعَ سَمَاعُنَا أَيْضًا، وَعِنْدِي الْوَجْهُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ بِلِقَظِ الْمُنِيِّ لِلْمَفْعُولِ مِنْ مَزِيدِ الثَّلَاثِيِّ؛ لِأَنَّ بَعْجَرِدَ الْعَجَزِ لَا تَنْفَسَخُ الْكِتَابَةُ، وَلَا يَعُودُ الْمُكَاتَبُ إِلَى الرِّقِّ، بَلْ يَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يَجْعَلِ الْحَاكِمُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٤٥٨].

(٢) وقع بالأصل: «عليه». والمنبث من: «ن». و«م». و«ح». و«ع». و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

قَالَ: فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ؛ لَمْ تَنْفَسِحِ الْكِتَابَةُ [٢/٥٥٧ظ]، وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، وَحُكِمَ بِعَتَقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لَوَرَثَتِهِ، وَيَعْتَقُ أَوْلَادُهُ وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنهما، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا رحمهم الله.

غاية البيان

بِتَعْجِيزِهِ، وَقَالَ أَيْضًا: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ [لَهُ] ^(١) وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ؛ عَجَزَهُ)، أَي: طَلَبَ الْمَوْلَى مِنَ الْحَاكِمِ تَعْجِيزَ الْمُكَاتِبِ؛ عَجَزَهُ الْحَاكِمُ.

وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا: مَا قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ فِي «شَرْحِهِ» فِي التَّعْلِيلِ بِقَوْلِهِ: «وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي تَعْجِيزِهِ فُسْخَ الْكِتَابَةِ، وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ [٦/٣٩٥ظ/م] الرُّقِّ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ لِمَوْلَاهُ؛ فَإِنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَعَلَى مَوْلَاهُ، فَلَمَّا عَادَ إِلَى الرُّقِّ زَالَ الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ لِإِقَافِهِ، فَكَانَتِ الْأَكْسَابُ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّهَا مُتَوَلَّدَةٌ مِنْ مِلْكِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا قَبْلَ هَذَا شَرْطَ الْقَضَاءِ عِنْدَ الْعَجَزِ عَنِ «الْمَجْرَدِ»، عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتِبَهُ؛ عَتَقَ بِعَتَقِهِ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ؛ لَمْ تَنْفَسِحِ الْكِتَابَةُ [٢/٥٥٧ظ]، وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، وَحُكِمَ بِعَتَقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لَوَرَثَتِهِ، وَيَعْتَقُ أَوْلَادُهُ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ رحمهم الله» ^(٢).

اعْلَمْ: أَنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا مَاتَ عَنْ وِفَاءٍ، لَا يَنْفَسِحُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، وَيُودَى بَدْلُ الْكِتَابَةِ، وَيُحْكَمُ بِحَرَّتِهِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ ^(٣) وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ^(٤) رضي الله عنهما.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» [٢١٥١١] من طريق قَابُوسِ بْنِ أَبِي الْمُخَارِقِ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: بَعَثَ عَلِيٌّ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي بَكْرٍ عَلَى مِصْرَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ مُكَاتِبٍ مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا وَوَلَدًا، فَكَتَبَ بِأَمْرِ فِي الْكِتَابِ: «إِنْ كَانَ تَرَكَ وَفَاءً لِمُكَاتِبَتِهِ يَدْعِي مَوَالِيَهُ فَيَسْتَوْفُونَ، وَمَا بَقِيَ كَانَ مِيرَاثًا لِوَلَدِهِ».

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» [٥٥٧/١٠] قال: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ رضي الله عنه يَقُولُ: «يُودَى إِلَى مَوَالِيهِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتِبَتِهِ، وَلَوَرَثَتِهِ مَا بَقِيَ».

قال الشافعي رحمه الله: تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه، ونهية في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه؛ ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر رحمه الله.

وقال الشافعي رحمه الله: ينسخ عقد الكتابة، ويموت عبداً ^(١)، وهو منسحب زيد بن ثابت رضي الله عنه، وعلمنا رحمه الله أخذوا في حال حياة المكاتب يقول زيد بن ثابت رضي الله عنه ما بقي عليه درهم ^(٢)؛ لموافقته حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان يقول علي رضي الله عنه: «يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَذَى، وَيُرِقُّ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا عَجَزَ» ^(٣)، كما ذكر محمد رحمه الله في «الآثار» ^(٤).

وأخذوا في حال مماته يقول علي رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه، وقال محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب «الآثار»: «أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله عَنْ حَمَادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عِيسَى بْنِ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَشَرِيع رضي الله عنه: أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ وِفَاءً، أَخَذَ مِمَّا تَرَكَ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مَكَاتِبِهِ، فَدَفَعَ إِلَى مَوْلَاهُ، وَصَارَ مَا بَقِيَ بَعْدَ لَوْرَقَةِ الْمُكَاتَبِ» ^(٥)، قال محمد رحمه الله: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ^(٦).

وأجمعوا: أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا مَاتَ عَاجِزًا، مَاتَ عَبْدًا، وَنُسَخَ الْكِتَابَةُ.

وتفسير الوفاء: أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ وَلَدًا، فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِأَنْ يَسْعَى وَيُؤَدِّيَ بِمِلْكِيَّةِ كِتَابَتِهِ، وَيُجْعَلَ أَدَاؤُهُ كَأَدَائِهِ، وَيُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْرِهِ حَيْثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ، وَتَرَكَ مَالًا بِهِ وِفَاءٌ يَبْدُلُ الْكِتَابَةَ، فَإِنَّهُ يُؤَدِّي بِمِلْكِيَّةِ الْكِتَابَةِ مِنْهُ.

(١) ينظر: «الأثر» للشافعي [٣٨٥/٩]، والتهذيب في فضله للإمام الشافعي، شعري [٤/٢٨٤]، إمام الحرمين للنفوس [٢٥٨/١٢].

(٢) معنى تعريجه.

(٣) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٥٧٦/٢].

(٤) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٥٨٩/٢].

إِبْتَائُهُ فَتَبْطُلُ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ الْمَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنَدًا ، لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِفَقْدِ

غَايَةِ الْبَيَانِ

وَيُحْكَمُ بِحَرْيْتِهِ . كَذَا فَسَّرَ فِي «الطَّرِيقَةِ الْبَرْهَانِيَّةِ» .

وَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله : أَثَرُ زَيْدٍ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكِتَابَةِ تَحْصِيلُ الْعَتَقِ ، وَذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ إِبْتَائَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَانْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِعَدَمِ الْمَقْصُودِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لَا يَخْلُو : إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ مَقْصُورًا عَلَى حَالَةِ الْمَوْتِ ، أَوْ عَلَى حَالَةِ الْحَيَاةِ ، أَوْ يَثْبُتَ حَالَةَ الْمَمَاتِ مُسْتَنَدًا إِلَى حَالَةِ الْحَيَاةِ .

فَلَا يَصَحُّ أَنْ يَثْبُتَ مَقْصُورًا عَلَى حَالَةِ الْمَوْتِ لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْإِعْتَاقِ ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَثْبُتَ مَقْصُورًا عَلَى حَالَةِ الْحَيَاةِ ، لِعَدَمِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ : آدَاءُ الْبَدْلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ الْآدَاءُ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ، وَلَا يَصْلُحُ الْقَوْلُ بِالْإِسْتِنَادِ ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَثْبُتُ أَوَّلًا فِي الْحَالِ [١/٣٩٦/٦] ثُمَّ يَسْتَنَدُ ، وَلَا إِمْكَانَ لثَبُوتِ الْعَتَقِ فِي [حَالَةٍ] ^(١) الْمَمَاتِ ، لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ ، فَكَيْفَ يَسْتَنَدُ ؟

وَلَنَا : أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ بَيْنَ الْعَاقِدَيْنِ ، فَلَا يَنْفَسَخُ لِمَوْتِ أَحَدٍ الْعَاقِدَيْنِ وَهُوَ الْمَوْلَى ، فَيَنْبَغِي أَلَّا يُفْسَخَ أَيْضًا بِمَوْتِ الْآخَرِ وَهُوَ الْمُكَاتَبُ .

وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا : الْحَاجَةُ إِلَى بَقَاءِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ بَعَرَضٍ أَنْ يَصِيرَ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ فِي الْبَدْلِ بَعَرَضٍ أَنْ يَصِيرَ ذَلِكَ الْحَقُّ حَقِيقَةً عِنْدَ الْقَبْضِ ، وَالْمُكَاتَبُ ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ الْعَتَقِ عَلَى وَجْهِ يَصِيرُ ذَلِكَ حَقِيقَةً عِنْدَ الْآدَاءِ .

ثُمَّ قَبْضُ خَلْفِ الْمَوْلَى يُجْعَلُ كَقَبْضِ نَفْسِهِ ، وَيُجْعَلُ الْمَوْلَى مُعْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِحَاجَتِهِ ، فَكَذَلِكَ يُجْعَلُ آدَاءُ خَلْفِ الْمُكَاتَبِ كَأَدَائِهِ ، وَيُجْعَلُ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ : فِي «م» : «حَال» .

الشَّرْطُ وَهُوَ الْأَدَاءُ، وَلَا إِلَى الثَّالِثِ لِتَعَدُّ الثَّبُوتِ فِي الْحَالِ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنْدُ.

«فائدة البيان»

مُغْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِحَاجَتِهِ، بَلْ هُنَا أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ شَرِعتُ طَرًّا لِلْمُكَاتِبِ وَرِفْقًا بِهِ، حَتَّى كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى، بِحَيْثُ لَا يَقْدَرُ عَلَى الْقَسْخِ، وَشَرِعتُ غَيْرَ لَازِمَةٍ فِي جَانِبِ الْمُكَاتِبِ حَتَّى يَقْدِرَ عَلَى الْقَسْخِ تَعَجُّيزَ نَفْسِهِ، فَلَمَّا وَجِبَ إِبْقَاءُ الْكِتَابَةِ لِحَاجَةِ الْمَوْلَى؛ فَلَاَنْ يَجِبَ إِبْقَاؤُهَا لِحَاجَةِ الْمُكَاتِبِ أَوَّلَى.

يُحَقِّقُهُ: أَنَّ الْإِجْمَاعَ انْعَقَدَ عَلَى جَعْلِ الْمَوْلَى مُغْتَقًا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَمْ [٥٥٨٢]. تَنْفَسَخِ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِهِ، فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى جَعْلِ الْمُكَاتِبِ مُغْتَقًا بَعْدَ مَوْتِهِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ فِعْلًا، وَكَوْنَهُ مُغْتَقًا وَصْفٌ وَلَيْسَ بِفِعْلٍ، وَالْمَوْتُ يُنَافِي الْأَفْعَالَ، وَلَا يُنَافِي الصِّفَاتِ، وَلَئِنْ مِنْ شَرْطٍ كَوْنِهِ مُغْتَقًا: أَنْ يَكُونَ مَالِكًا، وَمِنْ شَرْطٍ كَوْنِهِ مُغْتَقًا: أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا، وَالْمَوْتُ أَنْفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنَ الْمَمْلُوكِيَّةِ، وَأَنْفَى لَكَوْنِهِ مُغْتَقًا مِنْ كَوْنِهِ مُغْتَقًا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجُمَادَاتِ تُوصَفُ بِالْمَمْلُوكِيَّةِ، وَلَا تُوصَفُ بِالْمَالِكِيَّةِ، فَإِذَا جُعِلَ الْمَوْلَى مُغْتَقًا بَعْدَ الْمَوْتِ؛ كَانَ جَعْلُ الْمُكَاتِبِ مُغْتَقًا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى.

وَقَدْ حَصَلَ الْإِسْتِغْنَاءُ بِهَذَا الْبَيَانِ عَنِ التَّرْدِيدِ الَّذِي أوردَ الْخَصْمُ، فَبَإَيِّ طَرِيقٍ صَارَ الْمَوْلَى مُغْتَقًا؛ فَبِذَلِكَ الطَّرِيقِ صَارَ الْمُكَاتِبُ مُغْتَقًا.

وَلَيْتَنِي قَالَ: الْمَوْلَى يُقَدَّرُ حَيًّا.

فَنَقُولُ: كَذَلِكَ الْمُكَاتِبُ يُقَدَّرُ حَيًّا.

وَلَوْ قَالَ: الْمَوْلَى صَارَ مُغْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ.

فَنَقُولُ: كَذَلِكَ الْمُكَاتِبُ صَارَ مُغْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَثُمَّ شَرْطُ

وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ وَهُوَ الْمَوْلَى
فَكَذَا بِمَوْتِ الْآخَرِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الْحَاجَةُ إِلَى إِبْقَاءِ الْعَقْدِ لِإِحْيَاءِ الْحَقِّ، بَلْ

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

كَوْنِهِ مُعْتَقًا: هُوَ الْقَبْضُ، وَلَمْ يُوْجَدْ الْقَبْضُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَمَعَ هَذَا جُعِلَ مُعْتَقًا
قَبْلَ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ هُنَا شَرْطُ كَوْنِهِ مُعْتَقًا: الْأَدَاءُ، وَلَمْ يُوْجَدْ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ،
فَيُجْعَلُ مُعْتَقًا قَبْلَ الْمَوْتِ.

وَالْفَقْهُ [٣٩٦/٦ م] فِيهِ: أَنَّ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ مُعَلَّقٌ بِشَرْطِ الْأَدَاءِ، وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ
لَا يَثْبُتُ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ، وَلَكِنْ إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ
وَانْتَقَضَ التَّعْلِيقُ، وَصَارَ الْمُعَلَّقُ سَبِيًّا: جَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ سَابِقًا عَلَى السَّبَبِ؛
لِأَنَّ الْأَسْبَابَ أَعْلَامٌ عَلَى الْأَحْكَامِ فِي الْحَقِيقَةِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ عَلَمًا عَلَى شَيْءٍ بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ، كَمَا إِذَا قَالَ لِآخَرَ: أَعْتَقْتُ
عَبْدَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: أَعْتَقْتُ؛ ثَبَتَ الْمِلْكُ مُقْتَضِي سَابِقًا عَلَى قَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ،
وَهُوَ الْمُقْتَضِي، وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ حُكْمًا بِقَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَضِي حُكْمُ الْمُقْتَضِي،
وَلَا يُوْجَدُ الْمِلْكُ مَا لَمْ يُوْجَدْ قَوْلُهُ: أَعْتَقْتُ، وَمَعَ هَذَا يَثْبُتُ سَابِقًا عَلَى قَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ،
فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ كَوْنُهُ مُعْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ بِالْأَدَاءِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَأَقْرَبُ مِنْ هَذَا: أَنْ كَوْنَ الْمَوْلَى مُعْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ عُقْلٌ بِالْقَبْضِ
بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْقَبْضُ مَقْصُورٌ عَلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَمَعَ هَذَا جُعِلَ مُعْتَقًا قَبْلَ الْمَوْتِ.

وَكَذَلِكَ كَوْنُهُ مُعْتَقًا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ مُعَلَّقٌ بِالْأَدَاءِ الْمَقْصُورِ عَلَى
مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَيُجْعَلُ مُعْتَقًا فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ، إِلَّا أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ بَعْدَ
السَّبَبِ، وَلَكِنْ يَجُوزُ تَرْكُ الْأَصْلِ لِمَسَاسِ الضَّرُورَةِ، وَقَدْ مَسَّتِ الضَّرُورَةُ هُنَا؛ لِأَنَّ
الْمُكَاتَبَ مُحْتَاجًا إِلَى أَنْ يَصِيرَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ حَقِيقَةً، بَأَن يَعْتَقَ بَعِثَهُ أَوْلَادُهُ،
وَيَخْلُصَ لَهُ أَكْسَابُهُ، وَيُقْضَى مِنْهَا دِيُونُهُ الْحَائِلَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ، وَيَتَخَلَّصَ أَوْلَادُهُ

أُولَى ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّ الْمَوْلَى حَتَّى لَزِمَ الْعَقْدُ فِي جَانِبِهِ ، وَالْمَوْتُ أَنْفَى
لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ

﴿حَاجَةُ السَّيِّدِ﴾

مِنْ مِثْلَةِ الرِّقِّ ، كَمَا أَنَّ الْمَوْلَى مَحْتَاجٌ إِلَى تَحْصِيلِ الثَّوَابِ بِالْإِعْتَاقِ ، وَإِلَى ثُبُوتِ
الْوَلَاءِ ، فَقُدِّمَ الْحُكْمُ ثَمَّةً لِلْحَاجَةِ ، فَكَذَا هُنَا .

فَإِنْ قُلْتُ : سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَوْلَى مَحْتَاجٌ إِلَى بَقَاءِ الْعَقْدِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلَكِنْ لَا
نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ مَحْتَاجٌ إِلَى بَقَاءِ الْعَقْدِ بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْعَقْدِ
تَحْصِيلُ الْعَتَقِ ، وَخُلَاصُهُ عَنْ ذُلِّ الرِّقِّ وَالْمِلْكِ ، فَبَعْدَ الْمَوْتِ يَتِمُّ الْمِلْكَ وَالرِّقُّ ،
فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِبْقَاءِ الْعَقْدِ .

قُلْتُ : إِنَّهُ مَحْتَاجٌ إِلَى بَقَاءِ الْعَقْدِ حَتَّى يَنْبَغِيَ فِيهِ الْعَتَقُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ
حَيَاتِهِ ؛ لِيَعْتَقَ بَعِثَتَهُ أَوْلَادُهُ ، وَتُقْضَى دِيُونُهُ مِنْ أَكْسَابِهِ ، وَتُنْفَكَّ رَقَبَتُهُ مِنَ النَّارِ ، وَهَذَا
كُلُّهُ أَمْرٌ مَقْصُودٌ لِلْعُقْلَاءِ^(١) ، فَكَانَتْ فِي إِبْقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ كَمَا يَسْعَوْنَ
لأنفسِهِمْ ؛ يَسْعَوْنَ لِأَوْلَادِهِمْ ، فَإِنَّ الْمَرْءَ لَوْ يَسْعَى لِنَفْسِهِ خَاصَّةً ؛ لَقَلَّ سَعْيُهُ وَشُغْلُهُ .

فَإِنْ قُلْتُ : لَوْ قُدِّرَ الْمَوْلَى حَيًّا قُدِّرَ مَالِكًا ، وَلَوْ قُدِّرَ الْمُكَاتَبُ حَيًّا قُدِّرَ مَمْلُوكًا .
وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِإِبْقَاءِ الْمَالِكِيَّةِ دُونَ الْمَمْلُوكِيَّةِ ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ
أَوْصَى [٢/٣٩٧/٦] بِالْإِعْتَاقِ صَحَّ ، وَتَبَقَّى الْمَالِكِيَّةُ نَظَرًا لَهُ ، وَلَوْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ قَبْلَ
الْمَوْلَى بَطَلَ التَّدْبِيرُ ، وَلَا تَبَقَّى الْمَمْلُوكِيَّةُ لِيُخْصَلَ لَهُ الْعَتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ .

قُلْتُ : وَرُودُ الشَّرْعِ لِلْحَاجَةِ ثَمَّةً لِإِبْقَاءِ الْمَالِكِيَّةِ وَرُودُ هُنَا بِالنَّظَرِ الْأَوَّلِيِّ ؛
لِأَنَّ الْمَوْتَ أَبْقَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنَ الْمَمْلُوكِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكِيَّةَ [٢/٣٩٧/٦] عِبَارَةٌ عَنِ
الْمَقْهُورِيَّةِ ، وَالْقُدْرَةُ وَالْمَمْلُوكِيَّةُ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَقْهُورِيَّةِ وَالْعِجْزِ ، وَالْمَوْتُ يَتِمُّ فِي
الْقُدْرَةِ لَا الْعِجْزِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَمَادَاتِ تُوصَفُ بِالْمَمْلُوكِيَّةِ وَالْعِجْزِ ، وَلَا تُوصَفُ

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «لِلْعَقْدِ» . وَالْمُثَبَّتُ مِنْ : «أَنْ» ، «وَأَم» ، «وَأَح» ، «وَأَع» ، «وَأَس» .

بالمالكية والقدرة أصلاً .

وخرج الجواب عن إضافة الحرية إلى ما بعد الموت ، وعن الإيصاء بالإعتاق أيضاً ؛ لأنه يُقدَّر حياً حينئذٍ لحاجته ، بخلاف ما إذا مات المُدَبَّر قَبْلَ المولى ؛ لأنَّ عِتْقَهُ مُعَلَّقٌ بموتِ المولى ، وَلَمْ يُوجَدِ الشرطُ .

فإن قلت : لو كان العتق يثبت في آخر جزء من أجزاء حياة المُكَاتِبِ ؛ لحدِّ قاذفه ، ونفذت وصيته بعد أداء البدل .

قلت : إنَّ ذلك زمانٌ لطيفٌ لَا يَتَّسِعُ للقذفِ والوصية ، فوقها قبل زمانِ الحرية ، بخلاف ثبوت الحرية في ذلك الزمان ؛ لأنَّ ثبوت الحرية حُكْمٌ شرعيٌّ لَا يَحْتَاجُ فيه إلى سعي العبد ، فيثبت في الساعة اللطيفة .

فإن قلت : الشافعي رحمه الله يقيس على ما إذا مات عاجزاً ، فثمة تنفسح الكتابة ، فكذا إذا مات عن وفاء ، والجامع : موته قبل البراءة عمّا عليه .

قلت : لَا نُسَلِّمُ أَنَّ القياسَ صحيحٌ ؛ لأنَّ الكتابة لَا تَنْفَسِحُ في الأصلِ أيضاً بمجرد الموتِ ما لَمْ يَحْكُمِ الحاكمُ بالعجزِ والفسخ ، وَلَا يَصِحُّ اعتبارُ المَلَاءَةِ^(١) بالعجز ، أَلَا ترى أَنَّ مذهبه : أَنَّ المُشْتَرِيَ إذا مات مُفْلِسًا ؛ يَفْسَحُ البائعُ البيعَ ، وإذا مات مَلِيًّا ؛ فَلَا يَفْسَحُ .

يوضحه : ما قال الشافعي رحمه الله في زوجات النبي ﷺ : إذا كان لهنَّ مُكَاتِبٌ ، فإنَّ كانَ لَهُ وفاءٌ احتجَبْنَ عنه ، بخلافِ المُفْلِسِ .

والمعنى في الأصل : أَنَّ العجزَ في حالة الحياة سَبَبٌ لِلْفَسْحِ ، فَبَعْدَ الموتِ

(١) المَلَاءَةُ : مصدر مَلَأَ مَلَاءَةً ، وهو أَمْلَأُ منه ، على أَفْعَلَ التفضيل . ومنه : المَلِيٌّ ، وهو الغنيُّ المقتدر . وقد تقدم التعريف بذلك .

مَرَل حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تُسْنَدُ الْحُرِّيَّةُ بِإِسْنَادٍ سَبَّبِ الْأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ

«طريقة البرهان»

أولاً: لأنَّ الموتَ مُحَقَّقٌ للعجزِ، ومع القدرة في حال الحياة ليس للمولى حقُّ النسخ، فعند الموتِ مثله.

والباقي يُعْلَمُ فِي نُسَخِ «طريقة الخلاف»، خصوصاً في «الطريقة البرهانية» المطبوعة، أعني: طريقة الشيخ بُزْهَانِ الدِّينِ، وإِلدِ الصَّدْرِ الْكَبِيرِ الْأَجَلِّ صَاحِبِ «المحيط»، وإِلدِ الصَّدْرِ الشَّهِيدِ حُسَامِ الدِّينِ والصَّدْرِ السَّعِيدِ تَاجِ الدِّينِ^(١)، وَهُوَ بُزْهَانُ الْأَثَمَةِ عَمْدُ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَهْلٍ الْمَعْرُوفُ بِ: «مَازَه» الْبُخَارِيُّ رحمهم الله.

قوله: (فَيَنْزُلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تُسْنَدُ الْحُرِّيَّةُ بِإِسْنَادٍ سَبَّبِ الْأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ)، وهذا جوابٌ عما يُقَالُ مِنْ قِبَلِ الْخَصْمِ، بأنَّ يُقَالُ: لَوْ بَقِيَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ مُدْرَكًا، لَا يَحُلُو: إِمَّا أَنْ تَثْبُتَ الْحُرِّيَّةُ قَبْلَ الْمَوْتِ، أَوْ بَعْدَهُ، فَلَا يَجُوزُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ عَرَهُ تَقْدِيمَ الْمُسَبَّبِ عَلَى السَّبَبِ [١/٢٣٩٧/٦]؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ، وَقَدْ وُجِدَ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَلَا يَجُوزُ الْإِثْنَانِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْعِمْتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْحُرِّيَّةِ، فَقَالَ: ثُبُوتُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى كُلِّ طَرِيقٍ مُمْتَكِنٌ، فَلَا يَلْزَمُ الْفَسَادُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَّتَتِ الْحُرِّيَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ يَنْزُلُ حَيًّا، وَلَوْ ثَبَّتَ قَبْلَ الْمَوْتِ تَسْنَدُ الْحُرِّيَّةُ مَعَ إِسْنَادِ سَبَبِهَا الَّذِي هُوَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، وَلَا يَلْزَمُ تَقْدِيمُ الْمُسَبَّبِ عَلَى السَّبَبِ.

بَيَانُهُ: أَنَّ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ مَعْنَى تَعْلِيقِ الْحُرِّيَّةِ بِالْأَدَاءِ، وَالتَّعْلِيقَاتُ نَيْسَتْ مُسَبَّبٌ فِي الْحَالِ عِنْدَنَا، فَإِذَا وَجِدَ الشَّرْطُ وَبَطَلَ التَّعْلِيقُ؛ يَنْقَسِبُ مَا لَيْسَ بِعَقْدٍ عَرَهُ. وَهَذَا الشَّرْطُ: هُوَ الْأَدَاءُ نَحْوًا وَجِدَ مِنَ الْخَلْفِ - وَهُوَ الْوَلَدُ - جَعَلَ ذَلِكَ الْعَقْدُ

(١) الصَّدْرُ الشَّهِيدُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ وَالصَّدْرُ السَّعِيدُ: أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ وَهُوَ: أَحْمَدُ بْنُ سَهْلٍ هُوَ تَرْجَمَ لَمْ يَرِ مَحْصُورٌ بِرَ لِهَمْرٍ لِهَمْرٍ رَاحَ لِهَمْرٍ بِرَ أَحْمَدُ بْنُ عُمَرَ لِهَمْرٍ كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧.

وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلْفِهِ كَأَدَائِهِ ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُمَكِّنٌ عَلَى مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الْخِلَافِيَّاتِ .
قَالَ : وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ ؛ سَعَى فِي كِتَابَةِ
أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ ، فَإِذَا أَدَّى حَكْمَنَا بِعَتَقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَعَتَقَ الْوَلَدَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ
دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ ، وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيُخْلَفُهُ فِي الْأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً .

غاية البيان

السابقُ عِلَّةٌ لِلْأَدَاءِ مِنْ وَقْتِ وجودِهِ ، فَإِذَا أَسْتَدْنَا الْحُرِّيَّةَ إِلَى آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ
حَيَاتِهِ ؛ يَقَعُ الْمُسَبَّبُ بَعْدَ السَّبَبِ لَا مُحَالَةً ، فَكَانَ كِلَا الطَّرِيقَيْنِ مُمَكِّنًا .

قَوْلُهُ : (فِي الْخِلَافِيَّاتِ) ، أَرَادَ بِهَا : نُسَخَ «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنَ الْمُحَقِّقِينَ الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا صَنَّفَ نَسْخَةً مُشْتَمِلَةً عَلَى الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ
الْخِلَافِيَّةِ وَسَمَّاها : «طَرِيقَةُ الْخِلَافِ» ، وَ«الْخِلَافِيَّاتِ» أَيْضًا ، وَلَكِنْ مَا ذَكَرُوا فِي
نُسَخِ «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» مِنْ مَسَائِلِ الْمُكَاتَبِ إِلَّا هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ وَخُذَهَا .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا [٢/٥٥٩هـ] فِي الْكِتَابَةِ ؛ سَعَى
فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ ، فَإِذَا أَدَّى حَكْمَنَا بِعَتَقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَعَتَقَ الْوَلَدَ) ،
أَي : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(١) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ فِي الْكِتَابَةِ
يَتَكَاتَبُ تَبَعًا لِأَبِيهِ ، وَتَكُونُ أَكْسَابُهُ كَسْبًا لِلْأَبِ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ يَسْعَى وَلَدُهُ عَلَى
نُجُومِهِ وَخَلْفَهُ فِي الْأَدَاءِ ، كَأَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا فَيُؤَدِّيهِ الْوَلَدُ ، وَلَكِنْ عَلَى تِلْكَ
النُّجُومِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْكِتَابَةِ لَمَّا ثَبَتَ فِي الْوَلَدِ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ فِيهِ ؛ ثَبَتَ لَهُ الْحَقُّ عَلَى
الْوَجْهِ الَّذِي ثَبَتَ لِأَبِيهِ ، فَكَانَ التَّاجِيلُ ثَابِتًا لِأَبِيهِ ، فَيُثَبَّتُ لَهُ أَيْضًا ، فَلَا يَسْقُطُ
التَّاجِيلُ بِمَوْتِ الْأَبِ ، بِخِلَافِ الْحُرِّ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ ؛ لِأَنَّ حَقَّ
التَّاجِيلِ لَمْ يَثْبُتْ لِلْوَارِثِ .

ثُمَّ إِذَا أَدَّى الْوَلَدُ حُكْمَ بَعْتِ الْأَبِ وَالْوَلَدِ جَمِيعًا لَوْجُودِ شَرْطِ الْعَتَقِ ، وَهُوَ

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٨٠] .

وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرَى قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَةً، أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا يُؤَدِّيهِ إِلَى أَجَلِهِ؛ إِعْتِبَارًا بِالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ فِي

غَايَةِ الْبَيَانِ

الْأَدَاءُ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنَادِ إِلَى [آخِرِ] ^(١) جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمِثْلُ هَذَا لَيْسَ بِمُمْتَنِعٍ، أَلَّا تَرَى أَنَّ مَنْ حَفَرَ بَثْرًا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ، ثُمَّ مَاتَ عَنْ عَبْدٍ لَا مَالَ لَهُ غَيْرِهِ، فَأَعْتَقَهُ الْوَارِثُ، ثُمَّ مَاتَ فِيهَا إِنْسَانٌ؛ يَضْمَنُ الْوَارِثُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ كَأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بَعْدَ ثَبُوتِ الْجَنَائَةِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرَى قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَةً، أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا)، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢)، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

وَعِنْدَهُمَا: يُؤَدِّيهِمَا إِلَى أَجَلِهِ كَالْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ ^(٣).

وَقَالَ [٣٩٨/٦ م] الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ غَيْرِ وِفَاءٍ، وَتَرَكَ أَبَاهُ، أَوْ أُمَّهُ، أَوْ وَلَدَهُ، وَكَانَ اشْتَرَاهُمْ فِي الْمُكَاتَبَةِ؛ فَإِنَّهُمْ يُبَاعُونَ فِي الْمُكَاتَبَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ فِي الْوَلَدِ خَاصَّةً: إِنْ جَاءَ بِالْمُكَاتَبَةِ ^(٤) حَالَةً؛ قُبِلَتْ مِنْهُ وَعَتَّقَ، وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله: فَإِنَّهُمْ وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ اشْتَرَاهُمْ يَسْعَوْنَ فِي الْمُكَاتَبَةِ عَلَى نُجُومِهَا» ^(٥). إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْكَافِي».

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «وَج»، «وَأَغ»، «وَأَس».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٨٠].

(٣) يَنْظُرُ: «الْعَنَابَةُ شَرْحُ الْهَدَايَةِ» [٢١١/٩]، «الْجَوْهَرَةُ النَّبَرَةُ» [١٩٨/٢]، «تَكْمِلَةُ فَتْحِ الْقَدِيرِ»

[٢١١/٩]، «مَجْمَعُ الضَّمَانَاتِ» [ص/٤٤٢]، «تَكْمِلَةُ الْبَحْرِ الرَّائِقِ» [٥٦/٨]، «الْعَنَائِي

الْهِنْدِيَّةُ» [١٢/٥]، «الْبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ» [١٣٢/٣].

(٤) وَفَعٌ بِالْأَصْلِ: «إِنْ جَاءَ فِي الْمَكَاتِبَةِ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «وَج»، «وَأَغ»، «وَأَس».

(٥) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٩٩].

الْكِتَابَةِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ تَبَعًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ
إِكْسَابِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَضْلَيْنِ أَنَّ الْأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي

غَايَةِ الْبَيَانِ

وَقَالَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله:
إِذَا جَاءَ الْوَلَدُ بِالْمَكَاتِبَةِ حَالَةً تُقْبَلُ مِنْهُ وَيُعْتَقُ. وَلَمْ يَقُلْ: إِنَّ الْأَبَ أَوْ الْأُمَّ إِذَا جَاءَا
بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ كَيْفَ الْجَوَابُ؟ وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سَوَاءً». إِلَى
هَذَا لَفْظُهُ رحمته الله.

ثُمَّ الْوَلَدُ الْمُشْتَرَى فِي الْكِتَابَةِ هَلْ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ، ذَكَرْنَاهُمَا
عَنْ «الْأَجْنَاسِ» فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ الَّذِي بَعْدَ بَابِ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتِبِ أَنْ يَفْعَلَهُ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا: ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى فِي الْكِتَابَةِ يَتَكَاتَبُ عَلَى أَصْلِهِمَا كَالْمَوْلُودِ
فِيهَا، ثُمَّ يَسْعَى الْمَوْلُودُ عَلَى نَجُومِ أَبِيهِ، فَكَذَلِكَ الْمُشْتَرَى، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَوْلَى
يَمْلِكُ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرَى بِالِاتِّفَاقِ.

فَعَلِمَ: أَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ لَا بِالْأَكْسَابِ الَّتِي لَا يَصَحُّ تَصَرُّفُ
الْمَوْلَى فِيهَا.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ الْمَوْلُودَ الْمُشْتَرَى لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ الْكِتَابَةِ
بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ مِنَ الْأَصْلِ؛ لِعَدَمِ إِمْكَانِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مُنْفَصِلٌ عَنِ الْأَصْلِ حَالَةً
الْعَقْدِ، وَالْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ: حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ دُونَ الْوَلَدِ، إِلَّا أَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ فِي الْكِتَابَةِ
تَثْبُتُ فِيهِ الْكِتَابَةُ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَصْلِ، وَقَدْ انْفَصَلَ عَلَى صِفَتِهِ.

فَلَمَّا سَرَى إِلَيْهِ الْكِتَابَةُ سَعَى عَلَى نَجُومِ الْأَصْلِ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَلَدِ
الْمُشْتَرَى، وَالْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَكِنَّ الْوَلَدَ الْمُشْتَرَى إِذَا جَاءَ بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ حَالًا
قَبْلَ مِنْهُ وَعَتَقَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَكْسَابِ الْأَصْلِ، وَجُعِلَ أَدَاؤُهُ كَأَدَائِهِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسْنَجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الطحاوي»: «وَإِذَا وُلِدَ لِلْمُكَاتِبِ وَلَدٌ

الْعَقْدُ فَيُثْبِتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ وَالْمُشْتَرَى لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضَفَّ إِلَيْهِ الْعَقْدُ وَلَا سَرَى حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِإِنْفِصَالِهِ ، بِخِلَافِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقَدْ كُتِبَ فِي الْحُكْمِ إِلَيْهِ وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَى فِي نُجُومِهِ .

هَاجَةُ الْبَيَانِ

مِنْ امْرَأَةٍ ابْتَاعَهَا ؛ كَانَ كَسْبُهُ لِأَبِيهِ ، وَعَتَقَ بَعْتَاقِ أَبِيهِ .

ثُمَّ قَالَ : «الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ فِي الْكِتَابَةِ يَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَكَذَلِكَ الْوَلَدُ الْمَشْتَرَى يَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يُطَالِبَ الْأَصْلَ دُونَ [٢/٥٥٩هـ] الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَمْ يَدْخُلْ قَضْدًا ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ تَبَعًا ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ عِنْدَ قِيَامِ الْمَتْبُوعِ ، وَمَالُ الْوَلَدِ مِنْ كَسْبِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، فَلَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ مِنْ كَسْبِ الْوَلَدِ ، وَإِذَا أَدَّى عَتَقَ وَعَتَقَ الْوَلَدُ .

[١/٣٩٨هـ/م] وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَنْ مَالٍ أَوْ غَيْرِ مَالٍ ؛ فَالْوَلَدُ الْمَوْلُودُ يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَيُسْعَى عَلَى النُّجُومِ كَالأَبِ ، وَإِذَا أَدَّى حُكْمَ بَعْتَقِهِ ، وَعَتَقَ الْأَبُ وَالْأُمُّ ، وَيَرِثُ مِنَ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ ، وَأَمَّا الْوَلَدُ الْمَشْتَرَى وَإِنْ سَقَلَ ، أَوْ الْوَالِدَانِ وَإِنْ عَلَوْا ؛ اشْتَرَاهُمُ الْمُكَاتِبُ ، يَدْخُلُونَ فِي الْمُكَاتِبَةِ سِوَاءِ إِلَّا فِي فَضْلِ وَاحِدٍ ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ عَنْ غَيْرِ مَالٍ يُقَالُ لَهُمْ : إِمَّا أَنْ تُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ حَالًا ، وَإِلَّا رَدَدْنَاكُمْ فِي الرِّقِّ .

وَأَمَّا مَا سِوَى الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ مِنْ ذَوِي الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ ، كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَنَحْوَهُمَا ؛ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْكِتَابَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَعِنْدَهُمَا : يَدْخُلُونَ .

وَعَلَى قَوْلِهِمَا : الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ وَالْمَشْتَرَى وَالْوَالِدَانِ وَذُو الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ كُلُّهُمْ سِوَاءٍ يَسْعَوْنَ عَلَى النُّجُومِ ، وَأَصْلًا فِي ذَلِكَ أَصْلًا وَقَالَا : كُلُّ مَنْ مَلَكَهُ الْحُرُّ يَغْتَقُ ، فَإِذَا مَلَكَهُ الْمُكَاتِبُ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ وَيَقُومُ مَقَامَهُ ، وَكُلُّ مَنْ اشْتَرَاهُ الْحُرُّ يَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ الْمُكَاتِبُ صَارَتْ ^(١) أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْإِمَامِ الْأَسْبِجَابِيِّ رحمته الله .

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : «صَارَ» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «لَنْ» ، «لَمْ» ، «لَجَ» ، «لَاغَ» ، «لَسَ» .

(٢) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الطَّحَاوِيِّ» لِلْأَسْبِجَابِيِّ [٤٥٤/ق] .

فَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً؛ وَرِثَهُ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، لِأَنَّهُ تَبَعَ لِأَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حَرٍّ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعَ لِأَبِيهِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا

﴿غَايَةُ الْبَيَانِ﴾

قَوْلُهُ: (فَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً؛ وَرِثَهُ ابْنُهُ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَرْتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام»: فِي الْمُكَاتَبِ يَشْتَرِي ابْنُهُ ثُمَّ يَمُوتُ وَيَتْرُكُ وَفَاءً، قَالَ: يَرِثُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً؛ وَرِثَهُ أَيْضًا»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَى ابْنُهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، فَلَمَّا أُدِّيَ بَدُلُ الْكِتَابَةِ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنَادِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْإِعْتَاقِ، وَعَتَقَ أَيْضًا ابْنُهُ بَعْتَاقَهُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، فَثَبَّتَ الْحُرِّيَّةَ فِي الْإِبْنِ حِينَ مَوْتِ أَبِيهِ فِيرِثُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْإِبْنُ مُكَاتَبًا مَعَ يَرِثُهُ أَيْضًا إِذَا أُدِّيَتِ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ صَغِيرًا كَانَ تَبَعًا لِأَبِيهِ، فَعَتَقَ بَعْتَاقَ أَبِيهِ، وَإِذَا كَانَ كَبِيرًا فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمَا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ لِاتِّحَادِ الْعَقْدِ، فَيَعْتَقَانِ مَعًا فِيرِثُهُ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ حُرٍّ.

أَمَّا إِذَا كَانَ الْإِبْنُ مُكَاتَبًا بِعَقْدٍ عَلَى حِدَةٍ؛ لَمْ يَرِثِ الْإِبْنُ مِنْهُ شَيْئًا، نَصَّ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي أَوَّلِ بَابِ الْمُكَاتَبِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»^(٢)، وَكَذَلِكَ نَصَّ فِي بَابِ مِيرَاثِ الْمُكَاتَبِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِبْنَ إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا عَلَى حِدَةٍ لَا يَعْتَقُ بَعْتَاقَ أَبِيهِ، بَلْ يَعْتَقُ بِأَدَائِهِ، فَتَأَخَّرَ عِثْقُهُ عَنْ عِثْقِ أَبِيهِ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ، فَيَتَعَيَّنُ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا فِي حَالِ مَوْتِ أَبِيهِ، فَلَا يَرِثُ؛ لِأَنَّ الرُّقَّ مَانِعٌ مِنَ الْإِرْثِ كَالْكَفْرِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٨].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

كَشْخَصٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ الْأَبِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ .

قَالَ : وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ [د/١٣٤] ، وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ ، فَجَنَى الْوَلَدُ ، فَقُضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ ؛ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءُ يُقَرَّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ ، لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّتِهَا إِلْحَاقَ الْوَلَدِ بِمَوَالِي الْأُمِّ وَإِجَابِ الْعَقْلِ عَلَيْهِمْ ، لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ فَيَنْجُرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ ، وَالْقَضَاءُ بِمَا يُقَرَّرُ حُكْمُهُ لَا يَكُونُ تَعْجِيزًا .

غاية البيان

قَوْلُهُ : [م/٣٩٩/٦] (يُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ) ، أَي : يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ فِي حَالَةِ حُرِّيَّةِ الْأَبِ ، وَتِلْكَ الْحَالَةُ مَا قَبْلَ الْمَوْتِ ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ : (عَلَى مَا مَرَّ) ، إِلَى قَوْلِهِ : (تُسْنَدُ الْحُرِّيَّةُ بِإِسْنَادِ سَبَبِ الْأَدَاءِ) ، إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ . قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ ، وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ ، فَجَنَى الْوَلَدُ ، فَقُضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ ؛ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ) ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير» .

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله : فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ مِنَ الْحُرَّةِ ، فَيَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ ، فَيَجْنِي الْوَلَدُ جَنَايَةً ، فَقُضِيَ بِهَا الْقَاضِي عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ ، قَالَ : لَيْسَ هَذَا بِقَضَاءٍ مِنَ الْقَاضِي بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ ، وَإِنْ كَانَ مَوَالِي الْأَبِ وَمَوَالِي الْأُمِّ اخْتَصَمُوا فِي وَلَايَةٍ ، فَقُضِيَ بِهِ الْقَاضِي لِمَوَالِي الْأُمِّ ؛ كَانَ هَذَا [د/٥٦٠/٢] قَضَاءً مِنْهُ بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير» .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمهم الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» : «وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ

(١) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩] .

وَأِنْ اخْتَصَمَ مَوَالِي الْأُمِّ وَمَوَالِي الْأَبِ فِي وَلَائِهِ فَقُضِيَ بِهِ لِمَوَالِي الْأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالْعَجْزِ؛ لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ يَبْتَنِي عَلَى بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِّخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الْوَلَاءُ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الْأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، وَهَذَا فَصْلٌ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَيَنْفَدُ مَا يُلَاقِيهِ مِنَ الْقَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعْجِيزًا.

غاية البيان

ديونٌ على الناسِ، وتركٌ ولدًا حرًّا؛ فهو مولى لموالي^(١) الأمِّ ما لم يخرج الدين فيؤدُّوا المكاتبَةَ، فإذا أُدِّيت رَجَعَ ولَاءُ الولدِ إلى موالي الأبِ، ولم يرجع موالي الأمِّ بما عَقَلُوا عنه بعد وفاته.

وَأِنْ مَاتَ الْوَلَدُ بَعْدَ مَوْتِهِ قَبْلَ خُرُوجِ الدَّيْنِ، فَاخْتَصَمَ مَوَالِي الْأَبِ وَمَوَالِي الْأُمِّ فِي مِيرَاثِهِ، فَقُضِيَ بِهِ لِمَوَالِي الْأُمِّ؛ بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ، فَإِنْ خَرَجَ الدَّيْنُ؛ كَانَ مِيرَاثًا لِلْمَوْلَى عَنْ عَبْدِهِ^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْفَضْلَيْنِ: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَرَّرَ الْقَاضِي حُكْمَ الْكِتَابَةِ، حَيْثُ قُضِيَ بِالْعَقْلِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ حُكْمَ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ: أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لِمَوَالِي الْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِبْثَاتُهُ فِي مَوَالِي الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ بَعْدُ.

وَالْقَضَاءُ بِتَقْرِيرِ حُكْمِ الْكِتَابَةِ لَا يَكُونُ قَضَاءً بَفَسْخِهَا، وَلَكِنْ إِلْحَاقُ الْوَلَاءِ بِمَوَالِي الْأُمِّ، لَا بِسَبِيلِ الْإِسْتِقْرَارِ، بَلْ عَلَى احْتِمَالِ أَنْ يَعْتَقَ الْأَبُ، فَيُجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِيهِ، فَإِذَا خَرَجَ الدَّيْنُ، وَأُدِّيتِ الْكِتَابَةُ؛ انْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ وَلَمْ يَرْجِعْ مَوَالِي الْأُمِّ بِمَا عَقَلُوا عَلَى مَوَالِي الْأَبِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا قَبْلَهُ.

(١) وقع بالأصل: «للمولى». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١٠٠/ق].

قَالَ: وَمَا أَدَّى الْمُكَاتِبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى لِتَبَدُّلِ الْمَلِكِ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةٌ وَالْمَوْلَى عِوَضًا عَنِ الْعَيْنِ^(١)، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بُرَيْرَةَ رضي الله عنها: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»

غاية البيان

وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الْإِبْنُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُكَاتِبِ فَاخْتَصَمَ مَوْلَى الْأَبِ وَمَوْلَى الْأُمِّ فِي مِيرَاثِهِ، فَقَضَى الْقَاضِي بِالْوَلَاءِ لِمَوْلَى الْأُمِّ؛ كَانَ ذَلِكَ الْقَضَاءُ فَسْخًا لِلكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ خُصُومَتَهُمْ وَقَعَتْ فِي بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، وَلَا يَسْتَقِرُّ الْوَلَاءُ لِأَحَدِ الْمَوْلَيْنِ إِلَّا بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ إِنْ بَقِيَتْ وَأُدِّيتِ الْكِتَابَةُ وَعَتَقَ الْأَبُ؛ كَانَ الْوَلَاءُ لِمَوْلَاهُ، وَإِنْ انْتَقَضَتْ كَانَ الْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأُمِّ.

فَمَوْلَى الْأُمِّ يَقُولُونَ: انْتَقَضَتْ حَيْثُ اعْتَقَدُوا أَنَّ الْمُكَاتِبَ مَاتَ [٦/٣٩٩ ط/م] عَبْدًا، وَهُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ الصَّحَابَةِ إِذَا مَاتَ الْمُكَاتِبُ عَنْ وِفَاءٍ، وَمَوْلَى الْأَبِ يَقُولُونَ: بَقِيَتْ، حَيْثُ اعْتَقَدُوا: أَنَّ الْمُكَاتِبَ مَاتَ حُرًّا، كَمَا هُوَ [مَذْهَبُ]^(٢) بَعْضِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَيْنَا بِحُرِّيَّتِهِ، ثُمَّ إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْوَلَاءِ لِمَوْلَى الْأُمِّ؛ وَقَعَ ذَلِكَ فِي فَضْلِ مُجْتَهِدٍ فِيهِ فَتَقَدَّ، فَكَانَ الْقَضَاءُ تَعَجِيزًا، ثُمَّ إِذَا خَرَجَ الدَّيْنُ كَانَ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَا أَدَّى الْمُكَاتِبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فِي الْمُكَاتِبِ يُؤَدِّي إِلَى مَوْلَاهُ مِنَ الصَّدَقَاتِ، ثُمَّ يَعْجُزُ وَالْمَالُ فِي يَدَيِ مَوْلَاهُ، قَالَ: هُوَ لَهُ طَيِّبٌ يَأْكُلُهُ»^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: الْعَتَق».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، «وَلَمْ»، «وَلَجَ»، «وَلَعَّ»، «وَلَسَ».

(٣) يَنْظُرُ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ/ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ» [ص/٤٥٩].

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالْهَاشِمِيِّ ، لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ الْمُبِيحِ ، وَنَظِيرُهُ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ ، وَلَوْ عَجَزَ قَبْلَ الْأَدَاءِ إِلَى الْمَوْلَى فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ بِالْعَجْزِ عِنْدَهُ يَتَبَدَّلُ الْمِلْكُ عِنْدَهُ ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،

غاية البيان

وذلك لأنَّ تَبَدُّلَ سَبَبِ الْمِلْكِ جَارٍ مَجْرَى تَبَدُّلِ الْعَيْنِ ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِلَحْمٍ تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ ، فَقَالَ : «هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ» ^(١) ، وَفِي رَوَايَةِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ» ^(٢) .

والمعنى في ذلك : أَنَّ الْخُبْثَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مِنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ ، لَا لَعَيْنِ الْمَالِ ، وَكَانَ الْخُبْثُ فِي الْجَهَةِ ، وَهِيَ جَهَةُ الْمَسْأَلَةِ مَعَ الْغُنْيَةِ ، فَلَمْ يَتَّقَ مَعْنَى الْوَسْخِ بِتَبَدُّلِ السَّبَبِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَتَنَاوَلُهُ بِجَهَةِ غَيْرِ الْجَهَةِ الَّتِي تَنَاوَلُهُ الْمُكَاتَبُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهُ عَلَى أَنَّهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ ، لَا عَلَى أَنَّهُ صَدَقَةٌ .

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : وَهَذَا بِخِلَافِ الْفَقِيرِ إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالْهَاشِمِيِّ عَيْنَ مَا أَخَذَهُ مِنْ مَالِ الزَّكَاةِ مِنَ الطَّعَامِ : أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ تَنَاوُلُهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَتَبَدَّلْ ؛ لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ الْمُبِيحِ .

وَنَظِيرُهُ : مَا ذَكَرَ فِي كِتَابِ «الْمَأْذُونِ» فِي رَجُلٍ اشْتَرَى طَعَامًا مَأْكُولًا بَيْعًا فَاسِدًا : أَنَّهُ لَا يَحِلُّ [٥٦٠/٢] لَهُ تَنَاوُلُهُ ، وَإِنْ أَبَاحَهُ لِغَيْرِهِ ؛ لَمْ يَحِلَّ لِلْمُبَاحِ لَهُ أَيْضًا ،

(١) أَخْرَجَهُ : الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ / بَابُ إِذَا تَحَوَّلَتِ الصَّدَقَةُ [رَقْمُ/١٤٢٤] ، وَغَيْرُهُ مِنْ حَدِيثِ : أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٢) هَذَا جُزْءٌ مِنْ حَدِيثِ أَخْرَجَهُ : الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ / بَابُ الصَّدَقَةِ عَلَى مَوَالِي أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [رَقْمُ/١٤٢٢] ، وَمُسْلِمٌ فِي «صَحِيحِهِ» فِي كِتَابِ الْعَتَقِ / بَابُ إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ [رَقْمُ/١٥٠٤] ، وَغَيْرُهُمَا مِنْ حَدِيثِ : عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا .

وَإِنْ كَانَ بِالْعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ الْمَوْلَى عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا خَبَثَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ،
وَإِنَّمَا الْخَبَثُ فِي فِعْلِ الْأَخِذِ لِكَوْنِهِ إِذْ لَا بِهِ.

❦ نهاية البيان ❦

فَإِنْ بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ وَهَبَهُ؛ يَحِلُّ لِلثَّانِي لَتَبَدُّلِ الْمِلْكِ، فَكَذَا هُنَا قِيَاسًا عَلَى
تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ فِي «الْمَبْسُوطِ»، فَبِالْعَجْزِ لَمْ يَبْطُلِ الْأَدَاءُ السَّابِقُ، فَلَمْ
يَبْطُلْ مَا تَعَلَّقَ بِهِ أَيْضًا، فَحُلٌّ لِلْمَوْلَى تَنَاوُلُهُ، هَذَا إِذَا عَجَزَ بَعْدَ الْأَدَاءِ.

فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَفِي ^(١) يَدِهِ صَدَقَاتٌ مِنَ الزَّكَاةِ، هَلْ يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ لِلْمَوْلَى
إِذَا كَانَ غَنِيًّا أَوْ هَاشِمِيًّا؟ لَمْ يَذَكَّرْ حُكْمُهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَذَكَرَ فِي آخِرِ
ضَمَانِ الْمُكَاتَبِ مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ: أَنَّهُ يَحِلُّ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِذَا تُصَدَّقَ عَلَى الْمُكَاتَبِ
بِصَدَقَةٍ، فَقَضِيَ مِنْهَا الْمُكَاتَبَةُ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا وَفَاءً، فَعَجَزَ عَنِ الْمُكَاتَبَةِ وَالصَّدَقَةِ
فِي يَدِهِ، قَالَ: هِيَ طَيِّبَةٌ لِلْمَوْلَى» ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ رحمته الله.

قَالُوا: هَذَا لَا يُشْكِلُ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته الله: إِنَّهُ يَحِلُّ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمَذْهَبَ
عِنْدَهُ: أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ مِلْكُ الْمَوْلَى أَكْسَابَهُ مِلْكًا مُبْتَدَأً، وَلِذَلِكَ أَوْجَبَ نَقْضَ
[١٠٠/٤٠٠م] الْإِجَارَةَ إِذَا آجَرَ الْمُكَاتَبُ أُمَّتَهُ ظَنًّا ثُمَّ عَجَزَ.

وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يَوْسَفَ رحمته الله: لَا يَطِيبُ لَهُ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا عَجَزَ يَتَأَكَّدُ حَقُّ
الْمَوْلَى فِي أَكْسَابِهِ، وَيَصِيرُ الْمُكَاتَبُ فِيْمَا مَضَى كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّ
الصَّدَقَةَ وَقَعَتْ لِلْمَوْلَى مِنَ الْأَصْلِ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ.

وَقَالَ بَعْضُ مُشَايخِنَا رحمته الله: أَنَّهَا تَحِلُّ لِلْمَوْلَى عَلَى الْقَوْلَيْنِ عَمَلًا بِظَاهِرِ جَوَابِ
الْكِتَابِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَيُشَبِّهُ ذَلِكَ بَابِنِ السَّبِيلِ إِذَا أَخَذَ الزَّكَاةَ، ثُمَّ وَصَلَ إِلَى مَالِهِ

(١) وقع بالأصل: «أو في». والمثبت من: «ن»، «م»، «ج»، «و»، «غ»، «س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [١١٠/ق].

وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وَلِلْهَاشِمِيِّ لِرِزْيَادَةِ حُرْمَتِهِ وَالْأَخْذُ لَمْ
يُوجَدْ مِنَ الْمَوْلَى وَصَارَ كَابِنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطْنِهِ وَالْفَقِيرُ إِذَا اسْتَغْنَى
وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنَ الصَّدَقَةِ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُعْتِقَ
الْمُكَاتَبَ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

﴿ هَايَةِ الْبَيَان ﴾

وَأَهْلُهُ؛ لَا بَأْسَ بَأْنُ يَتَنَاوَلُ مِنْ تِلْكَ الصَّدَقَةِ، وَكَذَلِكَ الْفَقِيرُ إِذَا تُصَدَّقَ عَلَيْهِ ثُمَّ
اسْتَغْنَى؛ لَا بَأْسَ بَأْنُ يَتَنَاوَلُ مِنْ تِلْكَ الصَّدَقَةِ، وَكَذَلِكَ الْفَقِيرُ إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ
صَدَقَاتٍ؛ يَحِلُّ لَوَارِثِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا، وَلَكِنْ لَا نَصَّ هُنَا عَلَى التَّفْصِيلِ عَنْ أَبِي
يُوسُفَ رحمته الله. كَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله.

فَأَمَّا إِذَا عَتَقَ الْمُكَاتَبُ: يَحِلُّ لَهُ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الزُّكُوتِ اتِّفَاقًا، ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ
الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ مَا أَخَذَهُ لَمْ يَكُنْ مُغْنِيًّا، فَإِذَا كَانَ مُغْنِيًّا بَعْدَ الْعِتَاقِ؛ حَلٌّ لَهُ أَيْضًا؛
لِأَنَّ السَّبَبَ السَّابِقَ لَا يَبْطُلُ كَابِنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى مَالِهِ، ثُمَّ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي
لَا يَطِيبُ لِلْمَوْلَى تَنَاوُلُهُ بَعْدَ عَجْزِ الْمُكَاتَبِ، هَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ؟

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: «لَا يَلْزَمُهُ رَدُّهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يُجْزِيُّ الَّذِي أَدَّى عَمَّا أَدَّى؛
لِأَنَّ فُسَادَ جِهَةِ الزَّكَاةِ لَا يَنْقُضُ الْأَدَاءَ، أَلَا تَرَى أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: إِذَا أَدَّى
رَجُلٌ زَكَاةَ مَالِهِ إِلَى وَلَدِهِ، أَوْ إِلَى غَنِيِّ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، ثُمَّ عَلِمَ؛ لَا يُجْزِيُّهُ، وَلَا يَرُدُّهُ.
وَكَذَا إِذَا أَدَّى إِلَى مُكَاتَبِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ؛ لَمْ يُجْزِئْهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ
الِاسْتِرْدَادِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا لَا يَلْزَمُهُ الرَّدُّ، لَكِنْ يَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، فَإِنْ رَدَّهُ عَلَى
الْأَوَّلِ؛ وَجَبَ أَنْ يَصَحَّ، وَيَخْرُجَ عَنْ عَهْدَتِهِ فَقِيرًا كَانَ الْمَرْدُودُ عَلَيْهِ أَوْ غَنِيًّا»^(١).

نَظِيرُهُ: رَجُلٌ غَضِبَ شَيْئًا فَأَجْرَهُ، فَأَخَذَ مِنْ أُجْرَتِهِ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ،
فَإِنْ رَدَّهُ عَلَى الْمَغْضُوبِ مِنْهُ بَرِيءٌ عَنْ عَهْدَتِهِ فَقِيرًا كَانَ الْمَرْدُودُ عَلَيْهِ أَوْ غَنِيًّا.

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٨٠].

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ، فَكَاتِبُهُ مَوْلَاهُ، وَلَمْ يَغْلَمْ بِالْجَنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَإِنَّهُ يُدْفَعُ أَوْ يُفَدَى؛ لِأَنَّ هَذَا مُوجِبٌ جَنَايَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْجَنَايَةِ عِنْدَ الْكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ [٥/١٣٤] إِلَّا أَنَّ الْكِتَابَةَ مَانِعَةً مِنَ الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ.

وَكَذَا إِذَا جَنَى الْمُكَاتِبُ وَلَمْ يَقْضَ بِهِ حَتَّى عَجَزَ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ زَوَالِ الْمَانِعِ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ، فَكَاتِبُهُ مَوْلَاهُ، وَلَمْ يَغْلَمْ بِالْجَنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَإِنَّهُ يُدْفَعُ أَوْ يُفَدَى)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: فِي عَبْدٍ جَنَى جَنَايَةً، فَكَاتِبُهُ مَوْلَاهُ، وَلَا يَغْلَمْ، ثُمَّ عَجَزَ، قَالَ: يُقَالُ لِلْمَوْلَى: ادْفَعْ أَوْ افْدِهِ، وَإِنْ جَنَى وَهُوَ مُكَاتِبٌ، ثُمَّ عَجَزَ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى عَلَيْهِ بِشَيْءٍ؛ دَفَعَهُ مَوْلَاهُ أَوْ فَدَاهُ، وَإِنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْجَنَايَةِ، ثُمَّ عَجَزَ؛ كَانَ دَيْنًا يُبَاعُ فِيهِ، رَجَعَ أَبُو يَوْسَفَ إِلَى هَذَا»^(١). هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمهما الله فِي بَابِ جَنَايَةِ رَقِيقِ الْمُكَاتِبِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِنْ جَنَى جَنَايَةً، ثُمَّ عَجَزَ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ دَفَعَهُ مَوْلَاهُ بِهَا أَوْ فَدَاهُ، وَإِنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالسَّعَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَهُوَ دَيْنٌ فِي عُنُقِهِ يُبَاعُ فِيهِ».

قَالَ الْحَاكِمُ [٥/١٠٠/٦] أَبُو الْفَضْلِ رحمهما الله: «وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْجَنَايَاتِ: أَنَّ أَبَا يَوْسَفَ كَانَ يَقُولُ مَرَّةً: إِذَا عَجَزَ فَالْجَنَايَةُ فِي عُنُقِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قُضِيَ بِهَا»^(٢). إِلَى [٥/١٠١/٢] هُنَا لَفْظُ الْحَاكِمِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمَّا لَمْ يَغْلَمْ بِجَنَايَةِ الْعَبْدِ، لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ بِالْكِتَابَةِ، وَلَكِنْ الْكِتَابَةُ مَانِعَةٌ مِنَ الدَّفْعِ، فَيَغْرَمُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٠].

وَأِنْ قَضِيَ بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ ؛ لِانْتِقَالِ الْحَقِّ مِنَ الرَّقَبَةِ إِلَى قِيَمَتِهِ بِالْقَضَاءِ .

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رحمهما الله إِلَيْهِ ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقَتِ الْجِنَايَةِ ، فَكَمَا وَقَعَتْ اِنْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيَمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ .

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

أَرَشِدِ الْجِنَايَةِ . كَذَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ رحمهما الله .

ثُمَّ إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الدَّفْعِ ، وَهُوَ الْكِتَابَةُ ، وَصَارَ كَالْعَبْدِ الْجَانِي خَطَأً ، فَالْحُكْمُ فِيهِ الدَّفْعُ أَوْ الْفِدَاءُ ، فَإِذَا جَنَى الْمُكَاتَبُ خَطَأً ، فَقَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ بِالسَّعَايَةِ فِيهَا ثُمَّ عَجَزَ ؛ تَكُونُ قِيَمَتُهُ دَيْنًا عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ اِنْتَقَلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي مِنَ الْعَبْدِ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَعُودُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْعَجَزِ .

فَأَمَّا إِذَا جَنَى الْمُكَاتَبُ ، وَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ ثُمَّ عَجَزَ ؛ دَفَعَهُ مَوْلَاهُ أَوْ فَدَاهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ آخِرًا ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رحمهما الله : أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ قَبْلَ الْقَضَاءِ يُبَاعُ فِيهِ أَيْضًا .

وَحَاصِلُ ذَلِكَ : مَا قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : إِنَّ جِنَايَةَ الْمُكَاتَبِ لَا تَصِيرُ مَالًا إِلَّا بِالْقَضَاءِ ، أَوْ بِالصَّلَاحِ عَنْ رِضَا ، أَوْ بِالمَوْتِ عَنْ وِفَاءٍ ، وَعِنْدَ زُفَرٍ : بِصَيْرٍ مَالًا فِي الْحَالِ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا .

وَجَنَةُ قَوْلِ زُفَرٍ رحمهما الله : أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ - وَهُوَ الْكِتَابَةُ - قَائِمٌ لِلْحَالِ ، فَانْعَقَدَتْ جِنَايَتُهُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ فِي الْحَالِ كَجِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ ، إِلَّا أَنَّ حُكْمَ جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ عَلَى الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِلْكُ الْمَوْلَى ، وَحُكْمُ جِنَايَةِ الْمُكَاتَبِ عَلَى الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِلْكُهُ .

وَلَنَا: أَنَّ الْمَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ وَلَمْ يَثْبُتِ الْإِنْتِقَالُ فِي الْحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا وَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَتَوَقَّفُ الْفُسْخُ عَلَى الْقَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالِ بِحَالٍ.

قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الْمُؤَلَى الْمَكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ؛ كَيْلًا يُؤَدِّي إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمَكَاتِبِ، إِذْ الْكِتَابَةُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقُّهُ.

غاية البيان

وَلَنَا: أَنَّ الْأَصْلَ فِي جَنَايَاتِ الْعَبِيدِ دَفْعُ الرَّقَبَةِ، إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ، وَدَلِيلُ التَّعَذُّرِ هُنَا مُتَرَدِّدٌ لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ قَابِلَةً لِلْفُسْخِ وَالزَّوَالِ، فَلَا يَنْتَقِلُ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ إِلَى الْقِيَمَةِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا، كَالْعَبْدِ الْمَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ لَا يُحْكَمُ بَانْفِسَاخِ الْعَقْدِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ؛ لِتَرَدُّدِ الْحَالِ، فَكَذَلِكَ هُنَا، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ، فَإِنَّ الْمَانِعَ ثَابِتٌ عَلَى الْقَرَارِ بَلَا تَوَقُّفٍ، وَلَا تَرَدُّدٍ، فَوَجَبَ الْقِيَمَةُ فِي الْحَالِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ الْجِنَايَاتِ مِنْ «مَخْتَصَرِهِ»: «وَجَنَايَةُ الْمُكَاتِبِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ سَيِّدِهِ وَدُونَ الْعَاقِلَةِ؛ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجَنَايَةِ، فَإِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَسَقَطَتْ مِنْ رَقَبَتِهِ.

وَمَا لَمْ يَحْكَمْ الْحَاكِمُ فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ، لَوْ عَجَزَ بَعْدَ الْحُكْمِ بَاعَهُ الْحَاكِمُ فِي دَيْنِهِ، وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْحُكْمِ قِيلَ لِلْمَوْلَى: ادْفَعْهُ أَوْ أَفِدْهُ بِأَرْشِ الْجَنَايَةِ. فَأَمَّا إِذَا حَكَمَ: فَهِيَ دَيْنٌ عَلَيْهِ يُؤَدِّيهِمَا مَنْ كَسَبَهُ مَا دَامَ فِي الْكِتَابَةِ، فَإِنْ عَجَزَ بَيْعَ فِي ذَلِكَ»^(١).
إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الْمُؤَلَى الْمَكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَقِيلَ لَهُ: أَدَّ الْمَالَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى

وَقِيلَ: لَهُ أَذُّ الْمَالِ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّاقُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَالسَّبَبُ اِنْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلَا يَتَغَيَّرُ،

غاية البيان

على نجومه»^(١)، وذلك لأنَّ الْكِتَابَةَ سَبَبُ اسْتِحْقَاقٍ، وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقَّهُ، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّهِ [١/٦٠١، م/١]، فَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى كَالْتَذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ، فَإِذَا لَمْ يَجْزُ إِبْطَالُ حَقِّهِ؛ أَدَّى الْبَدَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ عَلَى نُجُومِهِ، كَمَا يُؤَدِّي فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُورِثِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ إِذَا وَجَبَ بِصِفَةٍ يَبْقَى عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ، فَيُخْلَفُهُ الْوَرِثَةُ فِي الْاِسْتِيفَاءِ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ مُكَاتَبٌ؛ كَانَتْ الْمُكَاتَبَةُ الَّتِي عَلَى الْمُكَاتَبِ مَوْرُوثَةً عَنْ مَوْلَاهُ، كَمَا يُورَثُ عَنْهُ سَائِرُ أَمْوَالِهِ سِوَاهَا، وَكَانَ وَلَائُ الْمُكَاتَبِ إِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبَةُ لِمَوْلَاهُ لَا لَوَرِثَتِهِ»^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ رحمته الله.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «الْمُكَاتَبُ لَا يُورَثُ، وَإِنَّمَا يُورَثُ مَا فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، فَإِذَا أَدَّى وَعَتَّقَ؛ يَكُونُ الْوَلَاءُ مِنَ الْمَيْتِ لَا مِنَ الْوَرِثَةِ، حَتَّى إِنَّهُ يَرِثُهُ [٥٦١/٢] الذَّكَورُ مِنْ عَصْبَةِ الْمَيْتِ دُونَ الْإِنَاثِ.

وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ عَتَقَ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ مِنَ الْمَوْلَى، وَيَكُونُ عَتَقُهُ إِبْرَاءً عَنْ بَدْلِ الْكِتَابَةِ، هَذَا إِذَا كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا، وَلَوْ كَانَ اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، فَأَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا؛ لَمْ يَجْزُ، وَلَمْ يَبْرَأْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ وَاحِدًا إِنَّمَا يَعْتِقُ لَا لِحَقِّ الْمَلِكِ، وَلَكِنْ لِمَا أَنَّهُ يَبْرَأُ ذِمَّتَهُ، وَيَجِبُ الْعَتَقُ بِالْإِبْرَاءِ، وَهُوَ يَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ، وَفِي ذَلِكَ الْإِبْرَاءِ فَائِدَةٌ، فَلِذَلِكَ عَتَقَ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَا اثْنَيْنِ: فَأَعْتَقَهُ لَا يُفِيدُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ، وَلَيْسَ بِصَرِيحِ الْإِبْرَاءِ حَتَّى يَبْرَأَ عَنْ حِصَّتِهِ، فَلَمْ يَصَحَّ، وَلَيْسَ كَمُكَاتَبٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا؛ أَنَّهُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٨٠].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٨٦].

إِلَّا أَنْ الْوَرَثَةَ يَخْلُقُونَهُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ ؛ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

يَعْتِقُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الرَّقَبَةَ ، بخلاف الوارث ، فإنه يَمْلِكُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ .

والدليل على أَنَّ الرَّقَبَةَ لَا تَصِيرُ مَوْرُوثَةً: أَنَّ الْمَوْلَى لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ مُكَاتِبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ؛ لَمْ يَنْقَسِحِ النِّكَاحُ ، وَلَوْ كَانَ مَوْرُوثًا لَوَجِبَ أَنْ يَفْسُدَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ إِذَا مَلَكَ صَاحِبَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهُ ؛ يَنْقَسِحُ النِّكَاحُ ، وَلَوْ أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمِلْكِ ، وَحَقَّ الْمِلْكِ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ ، وَلَا يُفْسِدُ نِكَاحًا قَدْ صَحَّ .

وهذا كما نَقُولُ فِي الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ: إِذَا كَانَتْ جَارِيَةً فَتَزَوَّجَهَا ابْنُ الْبَائِعِ جَازَ ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْبَائِعُ ؛ فَلابن البائع حَقُّ الاسترداد ، وَلَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ حَتَّى يَسْتَرِدَّ ، وَلَوْ أَرَادَ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ بَعْدَ مَوْتِ الْبَائِعِ ؛ لَمْ يَجُزْ .

وكذلك لَوْ كَانَ لابنِ الْمَوْلَى دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتِبِ ، فَكَفَلَ رَجُلٌ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ؛ لَمْ تَبْطُلِ الْكِفَالَةُ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كَفَلٌ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى ، وَأَرَادَ أَنْ يَكْفُلَ بَعْدَ الْوَفَاةِ ؛ لَمْ يَصَحَّ ^(١) . كَذَا فِي «شرح الطحاوي» .

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ الْوَرَثَةَ يَخْلُقُونَهُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ) ، اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (وَلَا يَتَغَيَّرُ) ، وَكَأَنَّهُ قَالَ هَذَا دَفْعًا لَتَوَهُمِ السُّؤَالِ بِأَنْ يُقَالَ: كَيْفَ لَا يَتَغَيَّرُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ ، وَهُوَ الْكِتَابَةُ ، وَقَدْ كَانَ حَقُّ اسْتِيفَاءِ الْبَدْلِ لِلْمَوْلَى ، فَلَا نَ لِلْوَرَثَةِ ، وَهُوَ [٤٠١/٦ ط/م] تَغْيِيرٌ ؟

فَقَالَ فِي جَوَابِهِ: قِيَامُهُمْ مَقَامَهُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ لَا يُسَمَّى تَغْيِيرًا فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَخْلُقُونَهُ فِي سَائِرِ دِيُونٍ لَهُ ، وَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ تَغْيِيرًا فِي الدَّيْنِ ، فَكَذَلِكَ دَيْنُ الْكِتَابَةِ .

قَوْلُهُ: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ ؛ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ) ، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسينجاني [٤٥١/ق] .

الْمُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الْوَرَاثَةِ .

فَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ مَالُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَى فِيهِ الْإِزْتُ ، وَإِذَا بَرِيَ الْمُكَاتَبُ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ

غَايَةُ الْبَيَانِ

في «مختصره»^(١) ، وذلك لأنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَجُوزُ تَمْلُكُهُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ ، فَكَذَا بِالْإِزْتُ ، فَإِذَا لَمْ يَتَمَلَّكُوهُ لَمْ يَصَحَّ إِعْتَاقُ أَحَدِهِمْ .

قَالَ فِي «شرح الأقطع»^(٢) : «وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَنْفُذُ عِتْقُهُ»^(٣) . وَهَذَا الْخِلَافُ فَرَعٌ عَلَى أَصْلِ ، وَهُوَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَصَحُّ أَنْ يُمْلَكَ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ - : يَجُوزُ^(٤) .

لَنَا : أَنَّهَا كِتَابَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَالْإِبْرَاءُ عَنْ بَعْضٍ بِدَلِيلِهَا لَا يُوجِبُ عَتَقَ شَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَ الْمُورِثُ حَالَ حَيَاتِهِ عَنِ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ مُعَلَّقٌ بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَلِ بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ أَوْ بِالْإِبْرَاءِ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَلَمْ تُوجَدْ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ ، فَلَا يَصَحُّ إِعْتَاقُ أَحَدِهِمْ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ مَالُ الْكِتَابَةِ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي «مختصره»^(٥) .

قَالَ فِي «شرح الأقطع» : «وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ ، وَالْقِيَاسُ : أَلَّا يَنْفُذَ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٨٠] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٧] .

(٣) ينظر : «الأم» للشافعي [٩/٤٢٤] ، و«روضة الطالبين» للنووي [٨/٤٤٣] .

(٤) فِي صَحْةِ بَيْعِ السَّيِّدِ رَقَبَةُ الْمُكَاتَبِ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ : قَوْلَانِ ، الْأَوَّلُ الْجَدِيدُ : يُطْلَانَهُ . يَنْظُرُ : «الأم»

لِلشَّافِعِيِّ [٩/٤٠٩] ، وَالتَّهْدِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ لِلْبَغْوَی [٨/٤٦٢] ، وَ«روضة الطالبين» لِلنَّوَوِيِّ [١٢/٢٧١] .

(٥) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٨٠] .

يُعْتَقُ كَمَا إِذَا أُبْرِنَهُ الْمَوْلَى ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيْبِهِ ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءً إِقْتِضَاءً تَصْحِيْحًا لِعِتْقِهِ . وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ الْبَعْضِ أَوْ أَدَائِهِ فِي الْمَكَاتِبِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ ، وَلَا وَجْهٌ إِلَى إِبْرَاءِ الْكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ .

غاية البيان

يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمِلْكِ ، وَهُمْ مَا مَلَكَوهُ»^(١) .

وَجْهٌ الْاسْتِحْسَانِ : أَنَّ إِعْتَاْقَهُمْ جَمِيعًا بِقَوْلِهِمْ : هُوَ حُرٌّ ، يَقْتَضِي إِبْرَاءَهُمْ إِيَّاهُ عَنْ حَقِّهِمْ جَمِيعًا ، فَيَثْبُتُ الْإِبْرَاءُ بِطَرِيقِ الْإِقْتِضَاءِ سَابِقًا ؛ لِأَنَّ الْمَكَاتِبَ لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ أَوْ بِالْإِبْرَاءِ ، وَلَمْ يُوجَدْ الْأَدَاءُ ، فَيُقَدِّمُ الْإِبْرَاءُ سَابِقًا عَلَى كَلَامِهِمْ تَصْحِيْحًا ؛ لِتَصَرُّفِ الْعُقُلَاءِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ ، فَكَانَ قَوْلُهُمْ : «هُوَ حُرٌّ» إِقْرَارًا بِالْإِبْرَاءِ ، فَثَبَّتَ الْإِبْرَاءُ ، فَعَتَقَ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمْ ، حَيْثُ لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَ عِتْقِهِ بِطَرِيقِ الْإِبْرَاءِ عَنْ حِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ لِسُقُوطِ جَمِيعِ الْبَدْلِ ، وَلِهَذَا إِذَا أَبْرَأَ الْمُوْرِثُ عَنْ بَعْضِ الْبَدْلِ دُونَ الْبَعْضِ حَالَ حَيَاتِهِ ؛ لَا يَعْتَقُ .

وَاللَّهُ ﷻ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَآبُ .



(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٨] .

فهرس الموضوعات

٦٣٠	كتاب الغارئة
١٠٣	كتاب الهبة
١٦٧	باب الرجوع في الهبة
٢٠٥	فصل
٢٢٤	فصل في الصدقة
٢٣١	كتاب الإجازات
٢٥١	باب الأجر متى يستحق
٢٨٤	فصل
٢٩١	باب ما يجوز من الإجارة، وما يكون خلافًا فيها
٣٣٤	باب الإجارة الفاسدة
٤٠٥	باب ضمان الأجير
٤٢٥	باب الإجارة على أحد الشرطين
٤٥٢	باب الاختلاف في الإجارة
٤٦٣	باب فسح الإجارة
٥٠٠	مسائل منثورة
٥١١	كتاب المكاتب
٥٣٩	فصل في المكاتب الفاسدة
٥٦٤	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعل
٥٨٤	فصل
٦٠٣	فصل
٦٢٧	باب من يكاتب عن العبد
٦٣٩	باب كتابة العبد المشترك
٦٦٤	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٦٩٦	فهرس الموضوعات